Die

Ausnahmen vom Vertretungsprinzip

des

Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristenfakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Alfred Bochalli,

Kammergerichts-Referendar in Potsdam.

Potsdam,
Druck von A. W. Hayn's Erben,
1900.

Meinen Eltern.

Disposition.

Seite

Einleitung 1

Der Ausschluſs der Stellvertretung beruht:

a) auf der familienrechtlichen Natur bei folgenden Rechtsakten:

1. Elterliche Einwilligung zur Eheschlieſsung 9
2. Anfechtung der Ehe und Bestätigung einer anfechtbaren Ehe 11
3. Zustimmung und Kündigung des Mannes bei Übernahme persönlicher Dienste durch die Frau 21
4. Anfechtung und Anerkennung der Ehelichkeit . . 25
5. Ehelichkeitserklärung 29
6. Annahme an Kindesstatt 33
7. Ausübung des Amtes als Familienrat 35

b) auf der Form bei folgenden formalisierten Rechtsakten:

1. Eheschlieſsung 37
2. Errichtung und Widerruf des Testaments 39
3. Erbvertrag 42

c) auf gesetzlicher Regelung beim Besitzerwerbe . . . 48

Schluſs: Verwandte Bestimmungen 53

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552725_0059

Litteratur.

Begründung des Entwurfs eines Gesetzes, betreffend Änderungen der Civilprozeſsordnung und des Einführungsgesetzes hierzu. (Drucksachen des Deutschen Reichstages, IX. Legislaturperiode, V. Session 1897/98, No. 61.)

Beseler, Erbverträge II. 1. 1837.

Biermann, das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Buchka, Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen. 1852.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts.

Corpus juris civilis, Ausgabe von Kriegel. 1887.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches.

Dernburg, Pandekten, 5. Auflage. 1896.

Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Endemann, Handbuch II.

Fränkel, Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1898.

Gajus, Institutionen, Ausgabe von Krüger und Studemund. 1891.

Gutachtliche Äuſserungen zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches. Gefertigt im Reichs-Justizamt. 1891.

Hartmann, zur Lehre von den Erbverträgen. 1860.

Hellmann, Stellvertretung. 1882.

Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte nach deutschem Reichsrecht. 1899.

Hinschius, Kommentar zum Personenstandsgesetz. 1876.

Ihering, Besitzwille. 1889.

Iherings Jahrbücher für Dogmatik, Band 29, 34, 38.

Köppen, System des heutigen römischen Erbrechts.

Köppen, Lehrbuch des Erbrechts III.

Lehmann (Eneccerus), das bürgerliche Recht.

Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerbe. 1899.

Matthiaſs, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. 1888.

Neumann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Im Auftrage des Reichs-Justizamtes bearbeitet.
Regelsberger, Pandekten.
R.G. in Civilsachen-Entscheidungen des Reichsgerichts.
R.G. in Strafsachen-Entscheidungen des Reichsgerichts.
Savigny, Obligationenrecht II.
Savigny, System des heutigen römischen Rechts, III.
Scheurl, Gemeines deutsches Eherecht. 1881.
Seuffert, Archiv für civilistische Praxis.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Familienrecht erläutert von Engelmann).
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts.
Strohal, das deutsche Erbrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1896.
Strohal, Sachbesitz. 1897.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 6. und 7. Auflage 1887. 1891.

Die Frage, ob man sich bei einem Rechtsgeschäfte in Bezug auf das Wollen selbst durch eine andere Person vertreten lassen kann, ob es also möglich ist, dafs eine Person bei einem Rechtsgeschäfte ihren eigenen Willen erklärt, aber alieno nomine, d. h. so, dafs ein anderer als Kontrahent erscheint, — diese Frage wurde im römischen Rechte zu jeder Zeit prinzipiell verneint.

Die Römer konnten auch, wenigstens in der älteren Zeit, das Institut der Stellvertretung sehr wohl entbehren, da ihnen die Gestaltung der hausherrlichen Gewalt vollkommen Ersatz bot.[1])

Alles, was die Sklaven und Hauskinder erwarben, erwarben sie auch gegen und ohne ihren Willen kraft Rechtsnotwendigkeit ihrem Gewalthaber: sogenannte notwendige Stellvertretung.[2]) Daher bildete sich im klassischen Rechte der Grundsatz aus „Per liberam personam adquiri nobis non potest.“[3])

Da dieser Grundsatz im Laufe der Zeit zu einem Hemmschuh für den Verkehr wurde, so liefs man in einzelnen Fällen, namentlich beim Besitzerwerbe, Ausnahmen zu[4]) und suchte auch den praktischen Lebensbedürfnissen auf einem Umwege zu entsprechen, indem man die indirekte Stellvertretung einführte.

Aber man brach mit dem alten Grundsatze selbst im Justinianeischen Rechte nicht. Allerdings behauptet Savigny, dafs im Justinianeischen Rechte für die formlosen Rechtsgeschäfte die allgemeine Zulässigkeit der Stellvertretung zum Durchbruch gekommen sei.[5])

Er stützt diese Behauptung auf eine Quellenstelle,[6]) nach welcher die Stellvertretung bei denjenigen Rechten, die auf formlose Weise erworben werden (quod naturaliter acquiritur), zugelassen werde, nicht aber bei denjenigen, die auf förmliche Weise erworben werden (ea quae civiliter aequiruntur).

---

[1]) Dernburg I S. 279. [2]) Gai, J. § 86. [3]) Gai, J. § 95. [4]) Dernburg I S. 280.

[5]) Savigny. Oblig. R. II S. 42 ff.

[6]) l. 53 D. de A.R.D. 41, 1: „Ea quae civiliter acquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt, acquirimus, veluti per stipulationem, quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere acquirimus.“

Aber die herrschende Meinung versteht mit Recht unter civiliter aequirere den Erwerb eines Rechtes und unter naturaliter aequirere den Erwerb des Besitzes als Begründung einer Thatsache.[1]) Diesen Gegensatz wollte der römische Jurist zum Ausdruck bringen, nicht aber den Gegensatz von jus civile und jus naturale.

Während so die Stellvertretung noch im Justinianeischen Rechte grundsätzlich unzulässig war, nimmt das moderne Recht den entgegengesetzten Standpunkt ein. Schon das kanonische Recht[2]) erkannte die allgemeine Zulässigkeit der Stellvertretung an.

Die Anwendung der römischen Sätze hätte nämlich für den Geschäftsverkehr, namentlich nach dem Wegfall der Sklaverei, sehr lästige Hemmungen hervorgerufen. Daher reagierte das praktische Rechtsbewufstsein gegen diese Anwendung, und im 17. Jahrhundert entschied sich der Sieg dieser Reaktion in der Praxis. Seitdem leugnet die communis opinio der deutschen Juristen die Reception des römischen Rechts in dieser Hinsicht.[3]) Daher ist denn nach heutigem Rechte die Stellvertretung allgemein zulässig, insbesondere auch nach dem B.G.B. Dies bestimmte ausdrücklich der § 115 des 1. Entwurfs. „Ein Rechtsgeschäft kann auch durch einen Vertreter und gegenüber einem Vertreter vorgenommen werden.“ Die zweite Kommission[4]) hat diese Vorschrift gestrichen, weil sie nur eine „retrospektive“ Bedeutung habe, indem sie den längst vollendeten Abschlufs einer früheren Rechtsentwickelung nochmals konstatire.

Wenn so die Stellvertretung im modernen Rechte allgemein zulässig ist, so soll damit doch nicht gesagt werden, dafs sie es bei allen Rechtsgeschäften ist. Auch die Gründe dieser Ausnahmen hat der § 115 des 1. Entwurfs im allgemeinen hervorgehoben, indem er als solche „das Gesetz oder die Natur des Rechtsgeschäfts“ bezeichnete. Diese unbestimmte Motivierung hat die zweite Kommission[5]) gleichfalls nicht übernommen, da der Gesetzgeber in allen Fällen, in welchen die Stellvertretung mit der Natur des Geschäftes unvereinbar ist, die Unzulässigkeit ausdrücklich hervorgehoben hat.[6])

---

[1]) Windscheid I S. 184 Note 14. Dernburg I S. 281. Note 12.

[2]) c. 68. c. 72 de regulis juris in VI 5, 13: „Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum, qui facit per alium, est perinde ac si faciat per se ipsum.“

[3]) Buchka S. 158.

[4]) Protokolle I. S. 135. [5]) Protokolle a. a. O.

[6]) Gutachtliche Äufserungen VI S. 138.

Der Ausschlufs der Stellvertretung beruht:

a) auf der familienrechtlichen Natur bei folgenden Rechtsakten:

I. Elterliche Einwilligung zur Eheschliefsung.

„Das Gebiet der Stellvertretung ist das Vermögen, soweit es Gegenstand des lebendigen Rechtsverkehrs unter den Zeitgenossen ist“ — mit diesen Worten bezeichnet Savigny treffend und bündig das Gebiet, in dem die Stellvertretung wirksam ist.[1]) Hieraus ergiebt sich, dafs die familienrechtlichen Geschäfte grundsätzlich von der Zulässigkeit der Stellvertretung ausgeschlossen sind. Unter diesen sind zunächst diejenigen zu behandeln, welche dem Eherechte angehören.

Das Einwilligungsrecht der Eltern zur Eheschliefsung ihrer Kinder rechtfertigt sich aus den Rücksichten auf die Pietät, welche dem Verhältnisse zu Grunde liegt. Es ist dies ein Gesichtspunkt, der bei der Beratung des B.G.B, besonders betont wurde.[2]) Daneben kommen auch die persönlichen Interessen der Eltern und die Familieninteressen bei der Ausübung des Rechtes in Betracht.[3])[4])

Mit Rücksicht auf diese höchstpersönlichen Verhältnisse ist das Einwilligungsrecht im Gesetze als ein eigenes Recht der Eltern, das nur an ihre Person geknüpft ist, geregelt worden,

Nach § 1305 bedürfen eheliche Kinder bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres zur Eingehung einer Ehe der Einwilligung des Vaters, uneheliche bis zum gleichen Lebensalter der Einwilligung der Mutter. Das Einwilligungsrecht wird in § 1307 als ein höchstpersönliches Recht bezeichnet: „Die elterliche Einwilligung kann nicht durch einen Vertreter erteilt werden. Ist der Vater oder die Mutter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht erforderlich.“

Mithin ist bei der Ausübung des elterlichen Einwilligungsrechts nicht nur die sog. gewillkürte,[5]) sondern auch die gesetzliche Stellvertretung ausgeschlossen.

---

[1]) Savigny. System. S. 91 ff.

[2]) Protokolle IV. S. 716. [3]) Motive IV. S. 25.

[4]) Mit Recht betont Endemann Einfg. S. 638, dafs die elterliche Einwilligung als Akt der kindlichen Ehrerbietung im wesentlichen dem sittlichen nnd religiösen Gebiete angehöre, während sie als Rechtsakt eine kaum nennenswerte Bedeutung habe.

[5]) Die elterliche Einwilligung zur Eheschliefsung kann also nicht etwa auf Grund einer General- oder Spezial-Vollmacht erteilt werden.“

Hierin liegt eine Abweichung von den wichtigsten Grundsätzen des Vormundschaftsrechts.

An sich kann der Vormund des geschäftsunfähigen Elternteils die Einwilligung zu allen Rechtsgeschäften seines Mündels erteilen. Denn nach § 1793 hat der Vormund das Recht und die Pflicht, für die Person des Mündels zu sorgen, insbesondere ihn zu vertreten.

Die Vertretung in der Einwilligung zu der Eheschliefsung des Kindes seines Mündels ist ihm aber durch § 1307 Satz 1 untersagt. Ebensowenig steht dieses Recht z. B. den Stiefeltern zu.

Ist also der Elternteil, der die Einwilligung zu geben hat, nicht voll geschäftsfähig, so ergiebt sich mithin folgendes:

1. Ist der Elternteil dauernd geschäftsunfähig aus einem der Gründe des § 104, so kommt seine Einwilligung nach § 1305 Abs. 2 gar nicht in Betracht,[1]) das Kind kann ohne elterliche Einwilligung die Ehe eingehen.

2. Liegt aber dauernde Unfähigkeit zur Abgabe der Erklärung, wie sie der § 1305 Abs. 2 verlangt, nicht vor, ist der parens also nicht durch fortdauernde und namentlich die Willensfähigkeit beeinträchtigende Umstände[2]) an der Erklärungsabgabe verhindert, so mufs das Kind mit der Eheschliefsung warten, bis es das 21. Jahr vollendet hat, also der elterlichen Einwilligung nicht mehr bedarf. Denn der geschäftsunfähige parens kann seine Einwilligung nicht erteilen, weil seine Willenserklärung nach § 105 nichtig ist. Sein gesetzlicher Vertreter aber kann die erforderliche Einwilligung nach § 1307 auch nicht erteilen.

3. Ist endlich der Elternteil nur in der Geschäftsfähigkeit beschränkt — ist er also wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt, (§ 114) oder nach § 1906 unter vorläufige Vormundschaft gestellt, — so tritt eine weitere Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen ein. Denn nach § 107 in Verbindung mit § 114 bedürfte er zu der Abgabe des Ehekonsenses als einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vortheil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters.

---

[1]) § 1305 Abs. 2. „Dem Tode des Vaters oder der Mutter steht es gleich, wenn sie zur Abgabe einer Erklärung dauernd aufser Stande sind oder wenn ihr Aufenthalt dauernd unbekannt ist."

[2]) Hinschius ad § 29 Abs. 3 des Personenstandsgesetzes.

Diese Einwilligung ist nach § 1307 nicht erforderlich. (B.G.B. spricht hier von Zustimmung; darunter versteht es nach § 183 und 184 Einwilligung und Genehmigung.)

Der beschränkt geschäftsfähige Elternteil gilt also in Bezug auf die Einwilligung zur Eheschliefsung seines Kindes als voll geschäftsfähig.[1])

Es könnte endlich noch die Frage aufgeworfen werden, ob sich die Vorschriften des § 1307 nur auf § 1305 oder auch auf § 1306 beziehen. Nach § 1306 steht nämlich bei einem Adoptivkinde die Einwilligung zur Eheschliefsung an Stelle der leiblichen Eltern dem parens adoptans zu, eine Konsequenz der Vorschrift des § 1757 Abs. 1, wonach das Adoptivkind die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes des parens adoptans hat.

Schon das Personenstandsgesetz bestimmte im § 31: „Bei angenommenen Kindern tritt (sc. bei der Einwilligung zur Eheschliefsung) an Stelle des Vaters derjenige, welcher an Kindesstatt angenommen hat.

Das B.G.B. hat diese ausdrückliche Bestimmung nicht aufgenommen. § 1307 spricht sogar nur von der elterlichen Einwilligung. Dennoch bezieht er sich auch auf die Einwilligung des parens adoptans. Diese Folgerung ergiebt sich aus dem Zusammenhange, in dem sich die Stelle befindet. Denn sie steht hinter der Bestimmung des § 1306, welche das Einwilligungsrecht dem parens adoptans zuweist.[2])

Wenn nun die elterliche Einwilligung nicht durch einen „Vertreter" erfolgen kann, so bezieht sich dieses Verbot natürlich nur auf die Vertretung im Willen.[3]) Eine Vertretung in der Erklärung des Willens ist selbstverständlich nicht ausgeschlossen. Denn unter „Vertretung" versteht das B.G.B. stets nur die Vertretung im Willen, nicht die Vertretung in der Erklärung desselben.[4]) Der Einwilligungsberechtigte kann sich also sehr wohl eines Dritten als Boten zur Uebermittelung seiner Willenserklärung bedienen.

2. Anfechtung der Ehe und Bestätigung einer anfechtbaren Ehe.

Das B.G.B. hält an der gemeinrechtlichen Einteilung der Ehehindernisse in aufschiebende und trennende fest.[5])

---

[1]) Neumann, Note 4 zu § 1307.

[2]) Staudinger Note 6 zu § 1306. — Planck, Neumann Note zu § 1307.

[3]) Motive IV S. 27. Planck Note zu § 1307. — Matthiafs II S. 198 a. E. [4]) Motive I S. 223. — Planck I S. 210 Note 2.

[5]) Denkschrift S. 172.

Bei letzteren führt es eine terminologische Änderung ein. An die Stelle der früheren Ungültigkeitsklage tritt die Anfechtungsklage, solange die Ehe besteht. — § 1341. —

Ist die Ehe dagegen durch den Tod des zur Anfechtung nicht berechtigten Ehegatten aufgelöst worden, so erfolgt die Anfechtung durch Erklärung gegenüber dem Nachlafsgerichte. — § 1342. — Diese beiden Vorschriften bilden eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen.[1]) Denn nach § 143 Abs. 1 erfolgt die Anfechtung durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner.

Die Willenserklärung, durch welche die Anfechtung der Ehe erfolgt, ist also hier wegen der grofsen Wichtigkeit des Aktes formalisiert. Die Erhebung der Anfechtungsklage hat die doppelte Bedeutung des Anfechtungsaktes und der Feststellungsklage.[2]) Als Anfechtungsakt hat sie einen rechtsgeschäftlichen Charakter, denn die Anfechtung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft. Andererseits ist die Anfechtungsklage eine positive oder negative Feststellungsklage, je nachdem festgestellt werden soll, ob die Ehe besteht oder ob dies nicht der Fall ist. Die Erhebung der Anfechtungsklage ist also sowohl ein materiellrechtlicher, als auch ein prozessualer Akt. Geschieht dagegen die Anfechtung durch Erklärung gegenüber dem Nachlafsgerichte, so ist sie wie jede andere Anfechtung ein Rechtsgeschäft, das — wegen seiner Wichtigkeit nur — einer Form bedarf.[3])

Diese Anfechtung kann nun kraft positiver Vorschrift nicht durch einen Vertreter erfolgen. — § 1336. — Mithin mufs auch diese Vorschrift teils eine materiellrechtliche, teils, soweit die Anfechtung durch Erhebung der Anfechtungsklage erfolgen mufs, eine prozessuale Bedeutung haben.[4])

Es ist zunächst die materiellrechtliche Bedeutung ins Auge zu fassen.

Während die Nichtigkeitsklage auch von einem Dritten erhoben werden kann, für den von der Nichtigkeit oder Gültigkeit der Ehe ein Recht bezw. eine Verpflichtung abhängt, ist zur Anfechtung nur der Ehegatte berechtigt, in dessen Person der Anfechtungsgrund zutrifft.[5]) Derselbe kann sich nach § 1336 in der Ausübung des Anfechtungsrechtes wenigstens im allgemeinen nicht vertreten lassen. Diese Vorschriften beruhen auf der höchstpersönlichen Natur der Ehe.[6]) Zur Erläuterung ist auf den Begriff der Ehe einzugehen.

---

[1]) Motive S. 95. [2]) Motive IV S. 85. [3]) Motive IV S. 96.
[4]) Motive IV S. 94. [5]) C.P.O. § 632.
[6]) Motive IV S. 94. Denkschrift S. 177.

Die Ehe bedingt eine Geschlechtsgemeinschaft, eine Lebensgemeinschaft und eine Rechtsgemeinschaft.[1])

Das Hauptelement hiervon bildet die Lebensgemeinschaft.[2]) Daraus folgt, dafs das Wesen der Ehe weniger auf rechtlichem, als vielmehr auf ethischem Gebiete liegt. „Die Ehe ist kein Gesellschaftsvertrag, sondern die Verbindung von Mann und Frau zu ungeteilter Lebensgemeinschaft.“[3]) Auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch sind die Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet. § 1353. Diese Vorschrift soll „den rechtlichen Inhalt des durch die Ehe unter den Ehegatten begründeten Rechtsverhältnisses“ bezeichnen. Wie im Obligationenrechte der Grundsatz von Treu und Glauben, so soll im Eherechte das sittliche Wesen der Ehe bei der Auslegung des Gesetzes und der Beurteilung aller unter den Ehegatten begründeteten Rechtsverhältnisse die Richtschnur bilden. Es handelt sich bei der Ehe also um ein höchstpersönliches Verhältnis, das jede Einmischung eines Driten ausschliefst, Wenn also der eine Ehegatte z. B. durch arglistige Täuschung oder durch Drohung bestimmt worden ist, die Ehe einzugehen, so kann er allein die Ehe anfechten, denn nur er ist im stande, den Einflufs dieser Willensmängel auf das fernere eheliche Zusammenleben zu beurteilen. Diesem höchstpersönlichen Charakter der Ehe entspricht es also, wenn der Gesetzgeber eine Stellvertretung bei der Ausübung des Anfechtungsrechts prinzipiell nicht zuläfst. Daraus ergiebt sich auch hier die Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen, dafs der Ehegatte, der in der Geschäftsfähikeit beschränkt ist, — § 1336 Satz 2 — der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters nicht bedarf. Er wird also auch hier als vollgeschäftsfähig behandelt.

Bei diesen Grundsätzen blieb der 1. Entwurf stehen.[5]) Er schlofs unter allen Umständen eine Stellvertretung aus.[6]) Das Bürgerliche Gesetzbuch läfst, wie oben ausgeführt, die ge. willkürte Stellvertretung unter keinen Umständen zu. Dagegen macht es in Bezug auf die gesetzliche Stellvertretung zwei Ausnahmen von dem Grundsatze der Unzuläfsigkeit der Stellvertretung bei Anfechtung der Ehe. — § 1336 Abs. 2:

---

[1]) l. 1. D. de ritu nuptiarum 23, 2: „nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae divini et humani juris communicatio.“

[2]) Dernburg III S. 7 und Windscheid II S. 768.

[3]) R.G. in Strafsachen 8, 14.

[4]) Motive S. 104.

[5]) Entw. I § 1265.

[6]) Motive IV S. 94.

a) „Für einen geschäftsunfähigen Ehegatten kann sein gesetzlicher Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts die Ehe anfechten."

b) „In den Fällen des § 1331 (Mangel der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters) kann, solange der anfechtungsberechtigte Ehegatte in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, nur sein gesetzlicher Vertreter die Ehe anfechten."

Was die erste Ausnahme betrifft, so sollte nach dem 1. Entwurfe bei Geschäftsunfähigkeit des anfechtungsberechtigten Ehegatten das Anfechtungsrecht während der Dauer derselben ruhen.[1]) Die zweite Kommission führte obige Ausnahmen ein, deren Motivirung allerdings auf Bedenken stöfst.[2])

Die Majorität machte nämlich für ihren Antrag geltend, dafs „der materielle Inhalt der gesetzlichen Vertretungsmacht den Vertreter ermächtige, alle diejenigen Rechtshandlungen vorzunehmen, welche der Vertretene, wenn er geschäftsfähig wäre, bei vernünftigem Ermessen vorgenommen haben würde. Der Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters werde insofern eine erhebliche thatsächliche Schranke gesetzt, als der Vertreter nachweisen müsse, dafs die Erhebung der Anfechtungsklage dem mutmafslichen Willen des Vertretenen entspreche." Mit Recht wendet dagegen Planck ein,[3]) dafs sich „eine solche Beschränkung des gesetzlichen Vertreters aus den allgemeinen Grundsätzen nicht ableiten lasse, also einer positiven Vorschrift bedürfte. Da nun aber eine solche darüber nicht besteht, so ist der gesetzliche Vertreter in seiner Vertretungsmacht ganz unbeschränkt. Es sind daher die Gründe, die gegen eine solche Supplierung des Willens des anfechtungsberechtigten Ehegatten durch einen Dritten sprachen, keineswegs widerlegt worden. Allerdings ist nicht zu leugnen, dafs Billigkeitsrücksichten in vielen Fällen die Vertretung im Willen als notwendig erscheinen lassen, und dafs ihre Ausschliefsung „das materielle Gerechtigkeitsgefühl verletzen würde."[4])

Die zweite Kommission führt als Beispiel den Fall an, dafs der Ehegatte infolge des bei Eingehung der Ehe gegen ihn verübten Zwanges unmittelbar nach Abschlufs der Ehe geisteskrank werde. Soll er etwa in diesem Falle in dem Joche, in das er infolge des Zwanges geraten ist, womöglich zeitlebens bleiben? In diesem Falle fordert das Gerechtigkeits-

---

[1]) Motive IV S. 34.
[2]) Protokolle S. 85 ff.
[3]) Planck, a. a. O. Anmerk. zu § 1336.
[4]) Protokolle S. 87.

gefühl allerdings gebieterisch, dafs der Vormund den Ehegatten in dem ihm fehlenden Willen vertrete, iudem er die Ehe anficht. Die Bedenken, welche man gegen die Supplierung des Willens des anfechtungsberechtigten Ehegatten durch einen Dritten erheben kann, werden aber wohl dadurch beseitigt, dafs die Stellvertretung von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abhängig gemacht worden ist.

Diese Bestimmung rechtfertigt sich aus dem tiefgreifenden Einflusse, den die Geltendmachung des Anfechtungsrechts auf die persönlichen Verhältnisse des Mündels ausübt.[1]) Die Genehmigung ist ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit.[2]) Es gelten also für den Vormundschaftsrichter nicht die Grundsätze des Civilprozesses, vor allen Dingen nicht die Verhandlungsmaxime, sondern die Inquisitionsmaxime. Er ist nicht an das Vorbringen der Parteien gebunden, sondern hat von Amtswegen die materielle Wahrheit zu erforschen.[3]) Er wird sich daher allerdings die Uberzeugung verschaffen müssen, dafs die Anfechtung dem mutmafslichen Willen der Parteien entspricht. So ist denn durch das Erfordernis der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts das nötige Gegengewicht gegen die an sich unbeschränkte Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters gegeben. Würde der Vormund ohne die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts die Ehe anfechten, so wäre dieses Rechtsgeschäft nach § 1831 unwirksam.[4]) Die Ausübung des Anfechtungsrechts ist übrigens an eine Präklusivfrist von 6 Monaten geknüpft. Wenn nun der gesetzliche Vertreter während dieser Frist die Ehe nicht anficht, so kann der Ehegatte selbst, wenn er wiederhergestellt ist, die Ehe in derselben Weise anfechten, wie wenn er im Augenblicke der actio nata keinen gesetzlichen Vertreter gehabt hätte. Die Präklusivfrist läuft demnach, da auf sie die für die Hemmung der Verjährung geltenden Regeln Anwendung finden, erst 6 Monate nach dem Zeitpunkt ab, in welchem der Ehemann geschäftsfähig wird.[5])

Durch diese Bestimmung werden alle nachteiligen Folgen, welche für den geschäftsunfähigen Ehemann aus der Versäumung der Präklusivfrist durch den gesetzlichen Vertreter entstehen können, beseitigt.

---

[1]) Protokolle S. 88. [2]) Freiw. Ger.Ges. § 35, 45.

[3]) Endemann Einf. II, 2 S. 662 f.

[4]) § 1831 Satz 1: „Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das der Vormund ohne die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vornimmt, ist unwirksam."

[5]) § 1339 Abs. 3. — § 206. — Matthiafs a. a. O. S. 207 Anm. 2.

Die zweite Ausnahme von dem Grundsatze der Unzulässigkeit der Stellvertretung im Willen bei der Anfechtung der Ehe betrifft folgenden etwas komplicierten Fall. Nach § 1304 bedarf eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person zur Eingehung der Ehe der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Fehlt diese, so kann der Ehegatte nach § 1331 die Ehe anfechten. Solange nun der Anfechtungsberechtigte in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, kann aber nicht er dieses Recht ausüben, sondern nur sein gesetzlicher Vertreter.[1])

Das Wort „nur" deutet an, dafs der Ehegatte selbst, abweichend von der Vorschrift des § 1336 Abs. 1 Satz 2, auch nicht mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters die Ehe anfechten kann.[2]) In diesem Falle steht das Anfechtungsrecht dem gesetzlichen Vertreter vielmehr ausschliefslich zu, ohne dafs er dazu, wie im Falle des § 1336 Abs. 2 Satz 1, erst die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einholen müfste. Diese Ausnahme von dem allgemeinen Prinzip rechtfertigt sich dadurch, dafs das Einwilligungsrecht des gesetzlichen Vertreters ja ganz illusorisch wäre, wenn er nicht einmal, solange der Zustand der beschränkten Geschäftsfähigkeit dauert, die Ehe anfechten könnte. Der Gesetzgeber mufste ihm daher eine Waffe in die Hand geben, damit er dem Ungehorsam seines Mündels wirksam entgegentreten kann.

Die Ausnahme trifft selbstverständlich nicht zu, wenn der Grund, auf dem jetzt die beschränkte Geschäftsfähigkeit des Ehegatten beruht, ein anderer ist, als der Grund, auf dem die Anfechtbarkeit beruht.[3])

Ein Beispiel wird das klar machen: Die zwanzigjährige A — (§ 1303) — heiratet 3 Monate vor Eintritt ihrer Volljährigkeit — (§ 2) — ohne Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters B den C, da sie durch die Drohungen des letzteren sich einschüchtern läfst. Nach 4 Monaten wird sie wegen Trunksucht entmündigt — (§ 6) —, ist also dadurch in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkt. — § 114 u. 106). — Einen Monat später stirbt ihr Gatte C, und es hört jetzt die Zwangslage, in der sie sich befand, auf. — § 1339.

Jetzt kann nicht etwa B die Ehe anfechten, denn der Grund der beschränkten Geschäftsfähigkeit der A ist jetzt Entmündigung wegen Trunksucht, während vor 5 Monaten

---

[1]) § 1336 Absatz 2 Satz 2.
[2]) Planck, Note 3 zu § 1336.
[3]) Planck, a. a. O.

Minderjährigkeit vorlag. Mithin kann nur die Frau A. die Ehe durch Erklärung gegenüber dem Nachlafsgerichte anfechten — § 1342 —, selbst ohne dafs sie dazu der Zustimmung des B. bedarf. — § 1336 Abs. 1 Satz 2.

Es liegt auf der Hand, dafs die materiellrechtlichen Vorschriften des § 1336 nicht ohne Einflufs auf die Prozefsfähigkeit des anfechtungsberehtigten Ehegatten bleiben konnten. Denn die Anfechtung erfolgt nach § 1339 durch Erhebung der Anfechtungsklage. Dies ist, wie oben dargelegt, sowohl ein materiellrechtlicher Akt, hat insofern einen rechtsgeschäftlichen Charakter, als auch ein prozessualer Akt, indem er nämlich die Natur einer Feststellungsklage hat.

Nach § 52 der Civil-Prozefs-Ordnung ist nun eine Person insoweit prozefsfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten kann. Daher würde ein geschäftsbeschränkter Ehegatte auch nicht prozefsfähig sein. Es bestimmt aber der § 1336 Abs. 1 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetz-Buches, wie wir oben gesehen haben, dafs der geschäftsbeschänkte Ehegatte zur Anfechtung der Ehe nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedarf. Daher war eine Erweiterung des § 52 dahin nötig, dafs in Ehesachen beschränkte Geschäftsfähigkeit die Prozefsfähigkeit nicht ausschliefst.[1])

Unter „Ehesachen" versteht das Gesetz übrigens alle Rechtsstreitigkeiten, welche die Scheidung, Nichtigkeit oder Anfechtung einer Ehe oder die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe zwischen den Parteien oder die Herstellung des ehelichen Lebens zum Gegenstande haben. § 606. In allen diesen Rechtsstreitigkeiten ist also ein geschäftsbeschränkter Ehegatte prozefsfähig. — § 612. — Eine Ausnahme hiervon besteht nur in dem Falle, wenn die Ehe deshalb anfechtbar ist, weil der Ehegatte zur Zeit der Eheschliefsung oder der Bestätigung der Ehe geschäftsbeschränkt war und die Eheschliefsung oder die Bestätigung ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters erfolgt ist. — § 1331. — Hier kann, solange der Zustand der beschränkten Geschäftsfähigkeit dauert, nur der gesetzliche Vertreter die Ehe anfechten.[2])

Daher mufste dem Ehegatten während der Dauer dieses Zustandes auch die Prozefsfähigkeit für diesen Fall entzogen werden.[3])

---

[1]) C.P.O. § 612.
[2]) C.P.O. § 612 Abs. 1 Satz 2.
[3]) Begründung zur Novelle der C.P.O. S. 128.

Wir haben endlich gesehen, dafs für einen geschäftsunfähigen Ehegatten sein gesetzlicher Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts die Ehe anfechten kann. Dieser Vorschrift entspricht die Bestimmung, dafs für einen geschäftsunfähigen Ehegatten der Rechtsstreit durch den gesetzlichen Vertreter geführt wird.[1]) Das praktische Bedürfnis erheischt es, die Erhebung der Anfechtungsklage für die Dauer der Geschäftsunfähigkeit nicht auszuschliefsen, und daher schwinden auch hier die Bedenken, die auf Grund der persönlichen Natur der Ehe geltend gemacht werden können.[2])

Um auch hier zu verhindern, dafs die Klage nicht mifsbräuchlich, insbesondere nicht gegen den mutmafslichen Willen des Ehegatten erhoben wird, ist der gesetzliche Vertreter bei Erhebung der Anfechtungsklage wie auch der Scheidungsklage an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes gebunden.[3]) Diese Genehmigung gehört zu den Thatsachen, aus denen sich die Beziehung des Klagerechts auf den Kläger ergiebt.[4])

Ohne dieselbe würde also dem gesetzlichen Vertreter die Aktivlegitimation fehlen.[5]) Den Mangel der Legitimation des gesetzlichen Vertreters hat das Gericht von Amtswegen zu berücksichtigen.[6]) Die Nichtbeachtung dieser Vorschrift ist eine Verletzung der absolut zu beachtenden Formalien,[7]) welche die Nichtigkeitsklage begründet. Übrigens ist der gesetzliche Vertreter zur Erhebung der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens unter keinen Umständen, auch nicht bei Geschäftsunfähigkeit des Ehegatten befugt. Hier haben wir also einen dem Prozefsrecht angehörigen Fall, bei dem die Stellvertretung im Willen ganz ausdrücklich ausgeschlossen ist. Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens ist zulässig „wegen jeder Verletzung der aus dem persönlichen Verhältnis der Ehegatten zu einander hervorgehenden Pflichten“[8]). Der gesetzliche Vertreter ist selbst bei Geschäftsunfähigkeit des Ehegatten zur Erhebung dieser Klage nicht befugt, weil es sich hier „um eine ausschliefslich die persönlichen Beziehungen der Ehegatten berührende Frage handelt,

---

1) C.P.O. § 612 Abs. 2 Satz 1.
2) Begründung zur Novelle der C.P.O. S. 128.
3) C.P.O. § 612. Abs. 2 Satz 2.
4) Dernburg I S. 362.
5) Neumann, Note zu § 1336.
6) C.P.O. § 56.
7) C.P.O. § 579 No. 4.
8) Planck, Anmerkung zu § 1353.

die zum Vorgehen des gesetzlichen Vertreters keinen Anlafs bieten kann“[1]).

In Folge der Ausschliefsung der Stellvertretung bei der Anfechtung der Ehe lag die Gefahr nahe, dafs das Prinzip des Anwaltszwanges, welches der Civilprozessordnung zu Grunde liegt,[2]) hier durchbrochen würde. Daher bestimmte der erste Entwurf im § 1265 ausdrücklich: „Die Vorschriften über den Anwaltszwang bleiben unberührt“.

Diese Bestimmung wurde jedoch von der zweiten Kommission als selbstverständlich gestrichen.[3]) Aufserdem würde sie in das Prozefsrecht gehören. Eine solche Vorschrift hat auch die Novelle zur Civilprozessordnung, allerdings nur indirekt, getroffen. Es lautet nämlich § 613 der C.P.O.: „Der Bevollmächtigte des klagenden Ehegatten bedarf einer besonderen, auf den Rechtsstreit gerichteten Vollmacht“. Durch diese Bestimmung ist also die Führung des Anwaltsprozesses durch einen Bevollmächtigten zugelassen, der aber mit Spezialvollmacht versehen sein mufs. Dadurch ist der persönlichen Natur der Ehesachen Rechnung getragen worden.[4]) Man wird daher auch den Rechtsanwalt, der den Anfechtungsberechtigten im Prozesse vertritt, mit Rücksicht auf die Beschränkung seiner Vollmacht nur als einen „Vertreter in der Erklärung“ bezeichnen können.

Das Anfechtungsrecht geht bei allen Anfechtungsgründen verloren, wenn derjenige, dem es zusteht, darauf verzichtet. Das B.G.B. nennt entsprechend der Terminologie des allgemeinen Teils den Verzicht des Anfechtungsberechtigten „Bestätigung“.[5]) Sie stellt sich dar als ein einseitiges Rechtsgeschäft. Auf diese Bestätigung der Ehe finden nun die Vorschriften des § 1336 Abs. 1 Anwendung.[6]) Sie kann also nicht durch einen Vertreter im Willen erfolgen. Ist der Ehegatte in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er auch für die Bestätigung der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters nicht.

Diese Bestimmungen finden wieder ihren Grund in der höchstpersönlichen Natur der Ehe, mit der eine Bestätigung

---

[1]) Begründung zur Novelle C.P.O. S. 129.

[2]) C.P.O. § 78: „Vor den Landgerichten und vor allen Gerichten höherer Instanz müssen die Parteien sich durch einen bei dem Prozefsgerichte zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen. (Anwaltsprozefs).“ Nach § 606 ist für „Ehesachen“ das Landgericht ausschliefslich zuständig.

[3]) Protokolle IV S. 89.

[4]) Begründung z. N. S. 129. Endemann Einf. II, 2 S. 663.

[5]) Planck, Note zu § 1337.

[6]) § 1337 Abs. 3.

durch einen Vertreter unvereinbar ist[1]). Dagegen ist die Bestätigung bei Geschäftsunfähigkeit des Ehegatten ganz unmöglich gemacht, da die Vorschrift des § 1336 Abs. 2 Satz 1 nicht für anwendbar erklärt ist.

Wird er also nachträglich geschäftsunfähig, z. B. wegen Geisteskrankheit entmündigt, — § 104 No. 3 — so ist die Bestätigung ganz und gar ausgeschlossen. Denn er selbst kann sie nicht vornehmen, weil seine Willenserklärungen nichtig sind. — § 105.

Sein gesetzlicher Vertreter aber kann die Ehe gleichfalls nicht bestätigen, da § 1336 Absatz 2 Satz 1 hier keine Anwendung findet. Während der Dauer seiner Geschäftsunfähigkeit ist mithin die Bestätigung gänzlich ausgeschlossen.

Bedarf jedoch der Ehegatte der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters — § 1304 — und ist er ohne diese die Ehe eingegangen, so kann ersterer zwar selbst die Ehe auch nicht bestätigen, so lange er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, wohl aber kann der gesetzliche Vertreter in dieser Zeit die Ehe genehmigen. Dadurch verzichtet er gleichfalls auf das ihm zustehende Anfechtungsrecht.[2]) Wird aber der anfechtungsberechtigte Ehegatte unbeschränkt geschäftsfähig, so erwirbt er das Bestätigungsrecht[3]).

Dasselbe verliert er auch nicht dadurch, dafs er später wieder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt wird. Die Entscheidung der Frage, ob er in diesem Falle aber der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters zur Bestätigung bedarf, ist der Jurisprudenz überlassen.[4]) Diese Frage beantwortet sich aus dem B.G.B. selbst. Denn nach § 1337 Absatz 3 gelten die Vorschriften des § 1336 Abs. 1 auch für die Bestätigung der Ehe. § 1336 Abs. 1 Satz 2 lautet aber: „Ist der anfechtungsberechtigte Ehegatte in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters."

Diese Bestimmung ist auch durch § 1337 Abs. 1 in keiner Weise modificiert. Also bedarf der anfechtungsberechtigte Ehegatte auch dann nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters zur Ausübung des Bestätigungsrechts, wenn er später vollgeschäftsfähig, danach aber wieder beschränkt geschäftsfähig geworden ist.[5])

---

[1]) Motive IV S. 91.
[2]) § 1336 Abs. 2 Satz 2 — § 1337 Abs. 1 Satz 1.
[3]) Das folgt aus der Analogie des § 108 Abs. 3.
[4]) Motive IV S. 93.
[5]) Planck, Note 3 und Staudinger, Note 4 zu § 1337.

3. Zustimmung und Kündigung des Mannes bei Übernahme persönlicher Dienste durch die Frau. § 1358 Absatz 3.

Durch die Eingehung der Ehe erlangt der Mann ein Recht auf die Person der Frau.

Damit dieses Recht nicht dadurch verletzt wird, dafs die Frau sich einem Dritten gegenüber zu einer von ihr in Person zu bewirkenden Leistung verpflichtet, kann der Mann dieses Rechtsverhältnis kündigen.

Das Kündigungsrecht ist ausgeschlossen, wenn der Mann der Verpflichtung zugestimmt hat. Bei der Zustimmung wie bei der Kündigung ist eine Stellvertretung im Willen ausgeschlossen. — § 1358.

Diese Bestimmungen des § 1358 sollen die ehemännliche Munt und die daraus entspringende beschränkte Geschäftsfähigkeit der Ehefrau ersetzen.[1])

Nach altem deutschen Rechte stand die Frau nämlich in der ehemännlichen Munt, einem Schutzverhältnisse, kraft dessen der Ehemann seine Frau nach aufsen zu vertreten hatte.

Diese Muntschaft erhielt sich in Deutschland auch nach Beseitigung aller Beschränkungen der Frauen. Es lag ihr nämlich der Gedanke der personenrechtlichen Gemeinschaft der Ehegatten zu Grunde.[2]) Diese zeigte sich darin, dafs Mann und Weib nach aufsen hin als eine Person auftraten.

Das war aber nur dadurch möglich, dass der Ehefrau die volle Geschäftsfähigkeit zu Gunsten des Ehemannes entzogen wurde.

Allerdings hat sich das System der personenrechtlichen Gemeinschaft der Ehegatten in dieser Gestaltung nicht mehr durchführen lassen. Das ehemännliche Mundium und die die damit verbundene beschränkte Geschäftsfähigkeit der Ehefrau hat sich in der That überlebt. „Ein solches System entspricht," wie Planck mit Recht hervorhebt[3]), „weder dem wahren Geiste des jetzigen deutschen Rechts, noch würde es mit den Interessen der Ehefrau und den gegenwärtigen wirtschaftlichen Bedürfnissen wie den Anschauungen des Lebens im Einklange stehen."

Der Gedanke des deutschen Rechts ist allerdings beibehalten, jedoch hat er eine den modernen Verhältnissen

---

[1]) Gierke in den gutachtlichen Äufserungen IV Seite 70
[2]) Äufserungen S. 59.
[3]) Äufserungen S. 61.

entsprechende legislative Gestaltung gefunden. Die Frau ist nach B.G.B. durch ihre Eigenschaft als Ehefrau oder kraft des in der Ehe geltenden Güterrechts nicht beschränkt.[1])

Der in der zweiten Kommission gestellte Antrag, diesen Grundsatz besonders auszusprechen, wurde wegen der Entbehrlichkeit einer besonderen Konstatierung des Grundsatzes abgelehnt.

Da nun die Ehefrau in ihrer Geschäftsfähigkeit unbeschränkt war, so wurde das Recht des Mannes auf ihre Person in Frage gestellt. Dieses Recht beruht auf der Verpflichtung der Ehegatten zu ehelicher Lebensgemeinschaft — § 1353 — und auf der Verpflichtung der Ehefrau zur Leitung des gemeinschaftlichen Hauswesens.

Daher waren Bestimmungen für den Fall nötig, dafs diese Rechte des Mannes an der Frau mit denen eines Dritten in Konflikt gerieten.[2])

Schon das preufsische Landrecht bestimmte: „Ohne des Mannes Einwilligung kann die Frau keine Verbindung eingehen, wodurch die Rechte auf ihre Person gekränkt werden".[3]) Diesen Gedanken des preufsischen Rechts hat das B.G.B. übernommen. Nach dem ersten Entwurf[4]) bedurfte die Ehefrau zu jedem Rechtsgeschäfte, durch welches sie zu einer in Person zu bewirkenden Leistung sich verpflichtet, der Einwilligung des Ehemannes und in Ermangelung derselben war das Rechtsgeschäft anfechtbar. Das B.G.B. dagegen giebt dem Manne nur negativ das Recht, derartige Rechtsverhältnisse ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen.

Dazu mufs er jedoch erst vom Vormundschaftsgerichte auf seinen Antrag hin ermächtigt werden. Die Frau hat danach ein selbständiges Recht zur Eingehung aller Arten von Arbeitsverträgen, nur kann der Mann dagegen reagieren. Ob allerdings der in der Reichstagskommission für diese Regelung mafsgebend gewesene Grund — die Verhältnisse der Arbeiterfamilien — für eine Verallgemeinerung stichhaltig genug ist, mag dahingestellt bleiben.[5])

Der Mann kann also alle Rechtsgeschäfte der Frau kündigen, welche die Verpflichtung der Frau zu „einer Thätigkeit begründen, die sie selbst vornehmen mufs".[6]) Es gehören demnach hierher nicht nur die Fälle, in denen

---

[1]) Motive Seite 110.
[2]) Protokolle Seite 103.
[3]) A.L.R. II, 1 § 196.
[4]) Entwurf I § 1277.
[5]) Planck, Note 1 zu § 1358.
[6]) Endemann S. 705, Anmerk. 31.

sich die Frau als Dienstmagd verdingt, den Beruf einer Lehrerin ausübt oder ein Engagement als Schauspielerin annimmt, sondern auch jede Verpflichtung der Frau zu einer individuellen Leistung, z. B. zur Anfertigung eines Gemäldes. Immer ist natürlich für die Ausübung des Kündigungsrechts vorausgesetzt, dafs durch das Rechtsverhältnis die eheliche Lebensgemeinschaft in Frage gestellt wird, auf die juristische Natur des Rechtsgeschäfts kommt es nicht an.[1])

In allen diesen Rechtsverhältnissen ist das Kündigungsrecht jedoch ausgeschlossen, wenn der Mann der Verpflichtung zugestimmt hat. — § 1358 Abs. 2. — In Bezug auf diese Rechte des Ehemannes bestimmt das B.G.B.: „Die Zustimmung sowie die Kündigung kann nicht durch einen Vertreter erfolgen; ist der Mann in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters." § 1358 Abs. 3. — Diese Bestimmungen haben ihren Grund in der höchstpersönlichen Natur des eheherrlichen Entscheidungsrechts.[2]) Es handelt sich auch hier wieder um ein Recht, welches in der Weise an die individuelle Persönlichkeit des Ehemannes geknüpft ist, dafs es eine Ausübung durch einen andern nicht verträgt. Der Ehemann allein ist imstande, zu beurteilen, ob die Leistungen, zu denen sich seine Frau verpflichtet hat, mit den durch die Ehe begründeten Pflichten vereinbar sind. Darum kommt alles auf seine selbständige Entscheidung an. Der Mann mufs selbst kündigen, wenn seine Rechte auf die Person der Frau — § 1353 — durch ihre Thätigkeit beeinträchtigt werden, er mufs selbst zustimmen, wenn dies nicht der Fall ist. Eine bestimmte Grenze läfst sich hier gar nicht festsetzen, es kommt eben alles auf das subjektive Ermessen des Ehemannes an. Darum ist hier eine Vertretung des Ehemannes, etwa auf Grund einer Vollmacht, ausgeschlossen, sie ist überhaupt schlechterdings unmöglich. Wie soll ein Dritter beurteilen können, ob der Ehemann in seinem Rechte auf die Person der Frau sich verkürzt fühlt? Im Verhältnis zu dem gesetzlichen Vertreter war auch hier wieder die Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen nötig, dafs ein beschränkt geschäftsfähiger Ehemann in Bezug auf die Ausübung dieses höchstpersönlichen Rechtes als voll geschäftsfähig gilt.[3])

---

[1]) Matthiafs II, S. 213. Endemann II, 2 S. 705f. Cosack, Lehrb. II, 2 S. 428.

[2]) Motive IV S. 113.

[3]) § 1358 Absatz 2 Satz 2.

Ist der Ehemann aber geschäftsunfähig, so kann nicht etwa der gesetzliche Vertreter das Kündigungsrecht ausüben, wie er in diesem Falle die Ehe anfechten kann, wie oben ausgeführt, sondern es ruht das Kündigungsrecht während der Dauer dieses Zustandes[1]). Was die Zustimmung des Ehemannes betrifft, so kann diese allerdings unter Umständen ersetzt werden. Das Vormundschaftsgericht kann nämlich die Zustimmung ersetzen, 1. wenn der Mann durch Krankheit oder durch Abwesenheit an der Abgabe einer Erklärung verhindert und mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist;[2]) 2. wenn die Zustimmung vom Manne mifsbräuchlich verweigert wird. Während der zweite Fall keiner Erörterung bedarf, könnte man den ersteren allerdings als eine Abweichung von der höchstpersönlichen Natur des Zustimmungsrechtes betrachten. Sie rechtfertigt sich jedoch immerhin dadurch, dafs es sich hier um aufserordentliche Fälle handelt, in denen es unter Umständen sehr hart sein kann, wenn die Möglichkeit der Ersetzung fehlen würde.

Hierher gehört z. B. folgender Fall: Der Ehemann ist geisteskrank oder geistesschwach geworden und die Frau infolgedessen mit ihren Kindern ohne Unterhalt. Der Kaufmann A würde sie gern beschäftigen, aber er fürchtet, der Mann werde das Rechtsverhältnis nach seiner Wiederherstellung kündigen. Der gesetzliche Vertreter des Mannes kann die Zustimmung nicht erteilen, weil das Gesetz dies verbietet. — § 1358 Abs. 3. Die Existenzfrage der Frau ist also gefährdet, hier wäre es doch sehr unbillig, wenn ein Ausweg fehlte, die Zustimmung, welche A als Bedingung des Abschlusses macht, zu erhalten. In diesem Falle ist demnach die Ersetzung der Zustimmung durch das Vormundschaftsgerichts ein dringendes Bedürtnis für die Frau. Denn die Folge der Ersetzung ist, dass die Zustimmung als vom Manne selbst erteilt gilt.

Daraus ergiebt sich, dafs sein Kündigungsrecht ausgeschlossen ist, wenn der Grund seiner Verhinderung wegfällt.[3]) A ist jetzt also sichergestellt, er wird unbedenklich den Vertrag mit der Ehefrau abschliefsen, so dafs die Existenz der Frau gesichert ist.[4])

Im ehelichen Güterrechte findet sich, abgesehen von einer einzigen Ausnahme, kein Fall, in dem die Vertretung

---

[1]) Motive IV S. 112. — Staudinger, Note zu § 1358.
[2]) § 1358 Absatz 2 Satz 2.
[3]) § 1358 Absatz 2 Satz 1.
[4]) Endemann Einf. II, 2 S. 706.

ausgeschlossen ist. Daher können sich die Ehegatten beim Abschlusse eines Ehevertrages wie bei anderen Verträgen vertreten lassen.

Insbesondere wird durch das Erfordernis der gleichzeitigen Anwesenheit beider Teile die Stellvertretung im Willen nicht ausgeschlossen.[1]) Unzulässig ist nur, dafs ein Ehevertrag unter Abwesenden geschlossen wird. Nach § 1437 kann zwar ein Ehevertrag, durch den die allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart oder aufgehoben wird, nicht durch einen gesetzlichen Vertreter geschlossen werden. Dieses Verbot bezieht sich jedoch nur auf den gesetzlichen Vertreter, nicht auf den gewillkürten. Ausgeschlossen ist daher die Stellvertretung im Willen auch durch diese Vorschrift keineswegs.[2])

Die oben erwähnte Ausnahme betrifft die Zustimmung eines Ehegatten zu letztwilligen Verfügungen des andern über die fortgesetzte Gütergemeinschaft. Diese kann nicht durch einen Vertreter erteilt werden — § 1516 Abs. 2 —, und ein geschäftsbeschränkter Ehegatte gilt für ihre Erteilung als vollgeschäftsfähig. Grund hierfür ist das Bestreben, über die Wirksamkeit letztwilliger Verfügungen jede Unsicherheit zu vermeiden.[3]) Zur näheren Motivierung dieses Falles ist auf die letztwilligen Verfügungen überhaupt zu verweisen.

4. Anfechtung und Anerkennung der Ehelichkeit.

Im gemeinen Rechte wie im B.G.B. entsteht die väterliche bezw. die elterliche Gewalt durch eheliche Abstammung, Legitimation und Adoption. (Annahme an Kindesstatt.)

Es handelt sich auch hier wieder, wie bei der Ehe, um höchst persönliche Verhältnisse, welche in allen Beziehungen eine selbständige Bethätigung des väterlichen bezw. elterlichen Willens voraussetzen.

Was die eheliche Abstammung betrifft, so herrscht im gemeinen Rechte Streit darüber, ob nur diejenigen Kinder als ehelich gelten, die in der Ehe erzeugt sind,[4]) oder auch diejenigen, die zwar vor der Ehe erzeugt, aber in der Ehe geboren sind.[5])

---

[1]) Planck, Note zu § 1434. — Endemann S. 764 Anm. 22. —
[2]) Planck, Note 3 zu § 1437. — Endemann S. 764 Anm. 24. — Matthiafs S. 216. Anm. 5
[3]) Motive S. 445.
[4]) Windscheid I S. 138. —
[5]) Dernburg III S. 55.

Nach B.G.B. — § 1591 — gilt auch ein Kind, das vor der Ehe erzeugt ist, als ehelich. Der Grund dieser Bestimmung liegt darin, dafs dadurch die unehelichen Geburten vermindert werden sollen.[1]) Nach gemeinem Rechte gilt die berühmte Präsumtion „pater is est, quem nuptiae demonstrant“[2]) nur für die Kinder, die frühestens am 182. Tage nach dem Eheschlusse[3]) und spätestens am 300. Tage seit Auflösung der Ehe geboren sind.[4]) Nach B.G.B. — § 1591 — ist ein Kind ehelich:

1. wenn die Frau es vor oder während der Ehe empfangen aber erst nach Eingehung der Ehe geboren hat,
2. wenn der Mann innerhalb der Empfängniszeit der Frau beigewohnt hat.

Trotz des Vorliegens dieser Thatsachen ist das Kind jedoch nicht ehelich, „wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, dafs die Frau das Kind von dem Ehemanne empfangen hat.“ — § 1591 Abs. 1 Satz 2. — Es wird also hier der Beweis der offenbaren Unmöglichkeit verlangt. In der zweiten Kommission bemerkte der Antragsteller zu diesem Erfordernisse, dafs „ein Thatbestand vorliegen müsse,[5]) der die Anwendung der gesetzlichen Regel mit dem gesunden Menschenverstande unvereinbar mache.“ (z. B. das Kind ist ein Mulatte, während der Ehemann ein Weifser ist.) Wie im gemeinen Recht so wird auch im B.G.B. der Beweis der Beiwohnung des Mannes erleichtert durch die Vermutung, dafs der Mann innerhalb der Empfängniszeit der Frau beigewohnt hat.[6]) Aber es gilt diese Vermutung nur insoweit, als die Empfängniszeit — tempus criticum: 181—302. Tag[7]) — innerhalb der Ehe liegt, soweit sie vor der Ehe liegt, nur, wenn der Mann gestorben ist, ohne die Ehelichkeit des Kindes angefochten zu haben.[8]) Der Ehemann kann also nach B.G.B. die Vermutung nur entkräften:

1. durch den Beweis der offenbaren Unmöglichkeit, dafs die Frau das Kind von ihm empfangen,
2. durch den Beweis, dafs er der Frau innerhalb der Empfängniszeit nicht beigewohnt hat.

Die Geltendmachung der Unehelichkeit des Kindes geschieht im Wege der Anfechtung.

---

[1]) Motive IV S. 647. [2]) l. 5 D. de in jus. voc. 2, 4.
[3]) l. 3 § 12 D. de statu. hom. 38, 16.
[4]) l. 3 § 11 D. 38, 16.
[5]) Protokolle IV S. 464.
[6]) § 1591 Abs. 2 Satz 1. [7]) § 1592.
[8]) § 1591 Abs. 2 Satz 2.

Im gemeinen Rechte herrschte in Theorie und Praxis Streit darüber, ob nur der Ehemann die Ehelichkeit des Kindes anfechten kann,[1]) oder ob, wie die herrschende Meinung annimmt,[2]) auch jeder Interessent der Statusfrage zur Erhebung der sog. Illegitimitätsklage, der actio de paternitate negativa, berechtigt sei.[3]) Nach dem B.G.B. kann die Anfechtung in der Regel nur von dem Ehemanne geltend gemacht werden, von Dritten erst dann, wenn der Ehemann gestorben ist, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben. — § 1593. — Der Verlust tritt ein Jahr seit Kenntnis von der Geburt des Kindes ein. — § 1594. —

Im B.G.B. hat also der Ehemann „als justus contradictor", gewissermafsen als der natürliche Vertreter der übrigen Familienmitglieder, so lange er lebt, das ausschliefsliche Recht, die Ehelichkeit des Kindes anzufechten.[4]) Thut er dies nicht, so gilt das Kind als ehelich, selbst wenn es, wie in obigem Beispiele, offenbar unmöglich ist, dafs das Kind von ihm herrührt.[5])

Bei dieser Anfechtung der Ehelichkeit ist nach § 1595 die Stellvertretung ausgeschlossen.

Dies entspricht genau der Vorschrift des § 1336, und es ist daher im allgemeinen auf die Darstellung derselben zu verweisen.[6]) Entsprechend der höchstpersönlichen Natur des Anfechtungsrechts des Ehemannes als eines justus contradictor ist die gewillkürte Stellvertretung zunächst gänzlich ausgeschlossen. Niemand kann auf Grund einer speziellen oder generellen Vollmacht die Ehe anfechten, denn auch hier handelt es sich um ein Eigenrecht des Ehemannes. Es kommt hier alles auf das interne Verhältnis der Ehegatten an; es ist eine Gewissensfrage für den Mann, ob er von seinem Anfechtungsrechte Gebrauch machen will oder nicht. Daher steht ihm allein die Entscheidung darüber zu, er darf sie auch nicht seinem gesetzlichen Vertreter, z. B. seinem Vormunde, überlassen.[7])

Die Anfechtung geschieht übrigens durch Erhebung der Anfechtungsklage bei Lebzeiten des Kindes — die Klage ist gegen das Kind zu richten — § 1596 — und durch Erklärung gegenüber dem Nachlafsgerichte nach seinem

---

[1]) Dernburg III S. 57. — Seuffert, Archiv II, 296.
[2]) Motive S. 658.
[3]) Regelsberger S. 281. — Seuffert, Archiv XI, 10.
[4]) Motive IV S. 659.
[5]) Matthiafs S. 267. Endemann S. 840.
[6]) Motive IV S. 668.
[7]) Endemann S. 841.

Tode. Demnach muſs auch die Vorschrift des § 1595 genau wie die analoge des § 1336 teils materielle, teils prozessualische Bedeutung haben.

Was die materielle Bedeutung betrifft, so gilt zunächst auch hier der geschäftsbeschränkte Ehemann als voll geschäftsfähig.[1]) Von dem Grundsatze der Unzulässigkeit der Stellvertretung besteht wiederum die Ausnahme, dafs für einen geschäftsunfähigen Ehegatten sein gesetzlicher Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts die Ehe anfechten kann.[2]) Diese Ausnahme brachte erst die zweite Kommission in Konsequenz des zu § 1336 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gefafsten Beschlusses in das Gesetz hinein.[3])

Das Anfechtungsrecht steht demjenigen gesetzlichen Vertreter zu, dessen Vertretungsmacht sich auf die Person des Mündels, nicht demjenigen, dessen Vertretungsmacht sich nur auf sein Vermögen bezieht, also nicht dem Abwesenheitspfleger.[4]) Damit das Anfechtungsrecht des Ehemannes durch die Nachlässigkeit des gesetzlichen Vertreters nicht verloren geht, kann der Mann nach seiner Wiederherstellung in dem Falle, dafs der Vormund nicht rechtzeitig angefochten hat, selbst die Ehelichkeit in gleicher Weise anfechten, wie wenn er ohne gesetzlichen Vertreter gewesen wäre.[5])

Wie die Bestimmungen des § 1336, so haben auch die des § 1595 eine Rückwirkung auf das Gebiet des Prozesses ausgeübt. Dieselben entsprechen völlig den oben angeführten Vorschriften, auf die daher verwiesen werden kann.

Das Anfechtungsrecht des Ehemannes geht verloren, wenn er das Kind als das seinige anerkennt. — § 1598 Absatz 1. — Der erste Entwurf verlangt im § 1472 eine ausdrückliche Willenserklärung für die Anerkennung, besonders deshalb, weil es oft sehr schwierig sei, zu erkennen, ob eine Handlung des Mannes als eine konkludente anzusehen sei, oder nicht.[6]) Die zweite Kommission sah diesen Grund nicht als stichhaltig an und beseitigte daher dieses Erfordernis.[7]) Die Anerkennung ist also im Bürgerlichen Gesetzbuch ein einseitiges Rechtsgeschäft, das in jeder be-

[1]) § 1595 Absatz 1 Satz 2.
[2]) § 1595 Abs. 2 Satz 1.
[3]) Protokolle S. 473.
[4]) Motive S. 668. — Fränkel Note 7 S. 108. — § 1911.
[5]) § 1595 Abs. 2 Satz 2.
[6]) Motive Seite 565.
[7]) Protokolle Seite 472.

liebigen Form, auch stillschweigend und durch konkludente Handlungen vorgenommen werden kann.

Man könnte hiermit die altdeutsche Art der Anerkennung des Kindes vergleichen, die darin bestand, dafs der Vater das Kind auf den Arm nahm, als Zeichen, dafs er es als das seine anerkannte.[1])

Für diese Anerkennung gelten nun die Vorschriften des § 1595 Absatz 1.[2]) Mithin ist auch bei ihr eine Stellvertretung im Willen ausgeschlossen. In der Anerkennung zeigt sich eben der Wille des Ehemannes, das Kind als eheliches gelten zu lassen. Die Erwägung, dafs es hier auf den individuellen Willen des Mannes ankommt, lässt eine Stellvertretung im Willen als gradezu unmöglich erscheinen. Es ist aber in diesem Falle nicht nur jede gewillkürie, sondern auch jede gesetzliche Stellvertretung ausgeschlossen. Denn § 1595 Abs. 2 findet hier keine Anwendung. Die Anerkennung kann demnach überhaupt nicht erfolgen, wenn der Ehemann geschäftsunfähig ist. Der geschäftsbeschränkte Ehemann gilt natürlich auch hier wieder als voll geschäftsfähig.

5. Ehelichkeitserklärung.

Im römischen Rechte konnten Konkubinenkinder,[3]) im kanonischen und heutigen gemeinen Rechte uneheliche Kinder überhaupt, durch die Legitimation die Rechte ehelicher Kinder erlangen und dadurch der väterlichen Gewalt ihres Erzeugers unterworfen werden.

Die Legitimation geschieht:

1. per subsequens matrimonium, durch Verheiratung des Vaters und der unehelichen Mutter,
2. per rescriptum principis, durch Reskript des Landesherrn auf Antrag des Vaters.

Das Reskript war Gnadensache. Das Institut war dem älteren römischen Rechte unbekannt; es stammt, wie schon der Name andeutet, aus der römischen Kaiserzeit und ist aus dem gemeinen Rechte in alle neueren Gesetzgebungen übergegangen.[4])

Nach Bürgerlichem Gesetzbuch erlangt ein uneheliches Kind wie im gemeinen Rechte die Stellung eines ehelichen;

1. durch Verheiratung des Vaters mit der Mutter; § 1719,

---

[1]) Lehmann, Familienrecht S. 360.
[2]) § 1598, Absatz 3.
[3]) Windscheid II. Seite 832, Note 1.
[4]) Dernburg Seite 59.

2. durch Verfügung der Staatsgewalt. (Ehelichkeitserklärung.)

Diese ist auch im Bürgerlichen Gesetzbuch ein Gnadenakt, denn sie kann versagt werden, „auch wenn ihr ein gesetzliches Hindernis nicht entgegensteht.“ — § 1734. — Sie hängt also von dem freien Willen der Staatsgewalt ab.[1])

Die Ehelichkeitserklärung erfolgt auf Antrag des Vaters. Dieser Antrag ist ein einseitiges Rechtsgeschäft. Begriffsmäfsige Voraussetzungen der Ehelichkeitserklärung sinp:[2])

1. Unehelichkeit des zu legitimirenden Kindes. Diese liegt nicht vor, wenn das Kind zwar ein uneheliches Kind des Antragstellers ist, aber nach den oben entwickelten Vorschriften über die eheliche Abstammung ehelich ist oder nach den Vorschriften über die sog. Putativehe als ehelich gilt. — § 1591 ff. § 1699 ff.
2. Vaterschaft des Antragstellers. Der Antrag mufs die Erklärung des Vaters enthalten, dafs er das Kind als das seinige anerkenne. — § 1725. —

Weitere wesentliche Erfordernisse für die Ehelichkeitserklärung sind:

1. die Einwilligung des Kindes,
2. die Einwilligung der Mutter, wenn das Kind nicht das einundzwanzigste Lebensjahr vollendet hat,
3. die Einwilligung der Ehefrau des Vaters, falls er verheiratet ist; denn Ehestand des Vaters ist keine Voraussetzung für die Ehelichkeitserklärung.[3])

Die Einwilligung dieser Personen, die dem Vater oder der Behörde gegenüber abzugeben und unwiderruflich ist,[4]) hat gleichfalls den Charakter eines einseitigen Rechtsgeschäfts.[5]) Daher finden auf den Antrag wie auf die Einwilligung die Grundsätze über Rechtsgeschäfte überhaupt im allgemeinen Anwendung, soweit nicht Ausnahmen im Gesetze ausdrücklich statuiert sind.

Eine solche Ausnahme ist die Unzulässigkeit der Stellvertretung im Willen bei den genannten Rechtsakten, Das bestimmt § 1728 Abs. 1: „Der Antrag auf Ehelichkeitserklärung sowie die Einwilligung der im § 1726 bezeichneten Personan kann nicht durch einen Vertreter erfolgen.“ Auch für diese Neuerung gegenüber dem geltenden Rechte war

---

[1]) Motive Seite 933.
[2]) Motive Seite 932.
[3]) Matthiafs S. 298.
[4]) § 1726 Absatz 2.
[5]) Motive Seite 942.

der höchstpersönliche Charakter der Willenserklärungen mafsgebend.[1]) Neben der Natur des Rechtsgeschäfts war ratio legis auch die Analogie der anderen Fälle, in denen die Stellvertretung im Willen ausgeschlossen ist, namentlich die Fälle bei der Annahme an Kindesstatt.

Was die Natur des Rechtsgeschäfts betrifft, so soll die Ehelichkeitserklärung dem Erzeuger Gelegenheit geben, sein an der Mutter begangenes Unrecht an dem Kinde wieder gut zu machen.[2])

Auch im gemeinen Rechte wird das Reskript des Landesherrn in der Regel nur dann erteilt, wenn die Heirat des Erzeugers mit der Mutter unmöglich oder unpassend ist.[3]) Das Institut ist also nur ein Surrogat der Legitimation durch nachfolgende Ehe.

Gründe für die Unmöglichkeit der Ehe können sein: Geisteskrankheit, Tod, Verschollenheit der Mutter. Die Heirat mit der Mutter ist z. B. unpassend, wenn dieselbe später einen unsittlichen Lebenswandel geführt hat. Aus diesen persönlichen Verhältnissen ergiebt sich, dafs die Entscheidung, ob die Gründe für die Unmöglichkeit oder Unpassendheit der Heirat mit der Mutter vorliegen, nur von dem Willen des Vaters abhängig gemacht werden kann. Daher kann die Beantragung der Ehelichkeit nur von dem Vater persönlich ausgehen.

Das mufs umsomehr gefordert werden, als die Voraussetzungen dieser Legitimation die Unehelichkeit des zu legitimierenden Kindes und die Vaterschaft des Antragstellers sind. Ob diese Voraussetzungen aber zutreffen, kann natürlich nur der Erzeuger selbst beurteilen. Aus diesen Erwägungen ergiebt sich die Notwendigkeit der Ausschliefsung der gewillkürten wie der gesetzlichen Stellvertretung. Folglich ist die Ehelichkeitserklärung überhaupt nicht möglich, wenn der Vater geschäftsunfähig ist; denn er kann den dazu nötigen Antrag nicht stellen, da seine Willenserklärung nach § 105 nichtig ist. Dagegen ist es für die Ehelichkeitserklärung irrelevant, wenn der Vater geschäftsunfähig wird, nachdem er den Antrag gestellt hat. Denn nach § 130 Abs. 1 ist es ohne Einflufs auf die Wirksamkeit der Willenserklärung, wenn der Erklärende noch der Abgabe geschäftsunfähig wird.

Wie der Antrag des Vaters, so hat auch die Einwilligung der oben bezeichneten Personen einen höchstpersönlichen Charakter. Durch die Legitimation erlangt das Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen. — § 1736. — Es kommt

---

[1]) Motive Seite 942. [2]) Motive Seite 930.
[3]) Dernburg III Seite 59.

also, da es sich wohl in der Regel um ein minderjähriges Kind handeln wird, unter eine neue elterliche Gewalt. Infolgedessen erlangt der Vater einen sehr grofsen Einfluſs auf die Person und auf das Vermögen des Kindes. Mit Rücksicht auf diesen Einfluſs rechtfertigt sich das Erfordernis der Einwilligung des Kindes sowie die prinzipielle Unzulässigkeit seiner Vertretung im Willen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatze enthält aber § 1728 Abs. 2: „Ist das Kind geschäftsunfähig oder hat es nicht das vierzehnte Lebensjahr vollendet, so kann sein gesetzlicher Vertreter die Einwilligung mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erteilen."

Diese Ausnahme muſste deshalb gemacht werden, weil es sonst gar nicht möglich wäre, ein Kind unter 7 Jahren zu legitimieren, was doch wohl am häufigsten ersehnt wird. — § 104, 105.

Bei Kindern zwischen 7 und 14 Jahren aber liegt die Gefahr nahe, daſs sie, denen noch die nötige Einsicht fehlt, widersprechen und dadurch die Legitimation vereiteln.[1])

Wenn man nun bei einem vierzehnjährigen Kinde zwar auch noch nicht das nötige Verständnis für die rechtliche Bedeutung der Legitimation voraussetzen darf, so kann man ihm dasselbe doch für das persönliche Verhältnis zutrauen, in welches es zu seinem Erzeuger treten soll. Würde man daher einen Zwang auf den Willen des Kindes ausüben, so würde das dem Zwecke der Legitimation, ein inniges Familienverhältnis zwischen Kind und Erzeuger herzustellen, widersprechen.[2]) Deshalb ist bei einem Kinde über vierzehn Jahren eine Ersetzung seines Willens durch den gesetzlichen Vertreter ungerechtfertigt.[3])

Wenn das Kind das 21. Lebensjahr nicht vollendet hat, so ist die Einwilligung der Mutter erforderlich. Dieses Erfordernis kannte weder das gemeine Recht, noch auch der erste Entwurf[4]), erst die zweite Kommission stellte es mit der Begründung auf, daſs „das grofse Opfer, welches die Mutter dadurch bringe, daſs sie sich von ihrem Kinde trenne, ihr nicht gegen ihren Willen aufgedrängt werden dürfe." Daraus folgt, daſs sie sich ihrerseits auch nicht in ihrem Willen vertreten lassen darf.[5]) Ist das Kind volljährig, so kann von einem „grofsen Opfer", das die Mutter bringt, wenn ihr das Kind durch die Legitimation entzogen wird,

---

[1]) Motive IV Seite 942.
[2]) Motive IV Seite 943.
[3]) Motive IV Seite 945.
[4]) Motive IV Seite 941.
[5]) Protokolle IV Seite 708.

nicht mehr die Rede sein, da das Kind dann, in der Regel wenigstens, selbständig geworden ist.

Die Einwilligung der Ehefrau endlich ist durch die persönlichen und vermögensrechtlichen Interessen begründet, welche die Legitimation für sie hat. Ihre persönlichen Interessen werden durch die Legitimation berührt, weil es mit dem oben geschilderten sittlichen Wesen der Ehe unvereinbar wäre, wenn der Ehemann ohne ihre Einwilligung sein uneheliches Kind in die Familiengemeinschaft aufnehmen würde.[1]) Einen vermögensrechtlichen Nachteil würde die Mutter insofern erleiden, als das Kind infolge der Legitimation mit der rechtlichen Stellung eines ehelichen Kindes auch das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht eines solchen erhält und die Mutter dadurch in ihrem gesetzlichen Erbrechte verkürzt wird.

Aus diesen Erwägungen geht wiederum die höchstpersönliche Natur des Einwilligungsrechts hervor, welche die Stellvertretung ausschliefst. Hervorzuheben ist noch, dafs in Bezug auf den Antrag des geschäftsbeschränkten Vaters keine Ausnahme von der Vorschrift des § 107 gemacht ist, dafs dieser vielmehr, wie in § 1729 ausdrücklich betont ist, der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedarf.[2]) In diesem Falle ist er sogar aufserdem an die Genehmigung des Vormundes gebunden.

Das Gleiche gilt nach § 1729 Abs. 2 für die Einwilligung des geschäftsbeschränkten Kindes.

Dagegen gelten die Mutter des Kindes und die Frau des Vaters, wenn sie in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind, in Bezug auf die Erteilung der Einwilligung als vollgeschäftsfähig, bedürfen also nicht der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters. § 1729 Abs. 3. Der Antrag und die Einwilligung der in § 1726 bezeichneten Personen sind, wie alle Rechtsgeschäfte, wegen Willensmängel anfechtbar. Es gelten dann die Vorschriften der §§ 1728, 1729, 1731, insbesondere ist also auch bei diesen Rechtsakten die Stellvertretung ausgeschlossen.

6. Annahme an Kindesstatt.

Das Eltern- und Kindes-Verhältnis beruht allerdings in der Regel auf der natürlichen Abstammung. Da es aber ein

---

[1]) Motive Seite 941.

[2]) § 1729 Abs. 1: „Ist der Vater in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er zu dem Antrage aufser der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts."

sittliches Verhältnis ist, das als solches von der Rechtsordnung anerkannt wird, so ist es möglich, dafs es auch künstlich, durch juristische Handlungen begründet werden kann.

Als Mittel zur Begründung des Eltern- und Kindesverhältnisses dient die Annahme an Kindesstatt.[1]) Sie hat den Zweck, dem Angenommenen die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes des Annehmenden zu geben. — § 1757. — Die Adoption geschieht bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile durch einen Vertrag zwischen dem Adoptanten und dem Adoptivkinde vor Gericht oder Notar, — § 1750 Abs. 2 — welcher der gerichtlichen Bestätigung bedarf. — § 1741. — Die Stellvertretung ist bei diesem Vertrage ausgeschlossen. § 1750 Abs. 1 bestimmt:

„Der Annahmevertrag kann nicht durch einen Vertreter geschlossen werden. Hat das Kind nicht das vierzehnte Lebensjahr vollendet, so kann sein gesetzlicher Vertreter den Vertrag mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts schliefsen.“ Diese Bestimmungen beruhen auf denselben Gründen, wie die des § 1728, auf welche daher Bezug genommen wird.

Eine Abweichung davon besteht bei dem Annahmevertrag nur insofern, als hier das geschäftsunfähige Kind dem Kinde unter vierzehn Jahren nicht gleichgestellt wird.

In der zweiten Kommission wurde der Antrag eingebracht, die Vertretungsmöglichkeit auch auf das geschäftsunfähige Kind auszudehnen. Dieser Antrag wurde abgelehnt, da es sich um Begründung eines „persönlichen Naheverhältnisses“ handele und auch Mifsstände zu befürchten seien, wenn die Geschäftsunfähigkeit des Kindes später beseitigt sei.[2])

In Bezug auf die Einwilligung Dritter zur Adoption gelten dieselben Vorschriften wie bei der Legitimation.

Der Annahmevertrag wie die Einwilligung sind nach den allgemeinen Bestimmungen über Verträge und Willenserklärungen anfechtbar. §§ 116ff; 142ff; 1755.

Für die Anfechtung und für die Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts findet wieder die Vorschrift des § 1750 Abs. 1 Anwendung.

Wie das durch die Adoption begründete Eltern- und Kindesverhältnis im gemeinen Rechte durch Emancipation aufgehoben wird, so erreicht dasselbe im Bürgerlichen Gesetzbuch durch Vertrag zwischen dem Annehmenden, dem Kinde und denjenigen Abkömmlingen, auf die sich die Wirkungen der Annahme erstrecken, sein Ende. — § 1768 Abs. 2.

---

[1]) Motive Seite 956. [2]) Protokolle Seite 722.

In Bezug auf die Zulässigkeit der Stellvertretung im Willen ist in § 1770 auf den Annahmevertrag verwiesen. Ist der Annehmende, das Kind oder ein Abkömmling des letzteren geschäftsunfähig, so kann mithin das durch die Adoption begründete Eltern- una Kindesverhältnis überhaupt nicht wieder aufgehoben werden.

7. Ausübung des Amtes als Familienrat.

Die Aufsicht und Leitung über die gesamte Thätigkeit des Vormundes hat im gemeinen Rechte wie nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch das Vormundschaftsgericht.[1]) Eine Beteiligung der Familie an der Führung der Obervormundschaft ist dem gemeinen Rechte gänzlich unbekannt.[2])

Nach dem Vorbilde der preufsischen Vormundschafts-ordnung schreibt das Bürgerliche Gesetzbuch für gewisse Fälle die Einsetzung des aus dem französischen Rechte stammenden Familienrates vor. Dieser tritt dann an die Stelle des Vormundschaftsgerichtes mit den Rechten und Pflichten desselben. Der Familienrat soll[3]) nämlich von dem Vormundschaftsgerichte eingesetzt werden:

1. wenn der Vater oder die uneheliche Mutter des Mündels die Einsetzung angeordnet hat,
2. wenn
   a) ein Verwandter oder Verschwägerter des Mündels oder der Vormund oder Gegenvormund die Einsetzung beantragt und
   b) das Vormundschaftsgericht sie im Interesse des Mündels für angemessen erachtet. § 1859 Abs. 1.

Der Familienrat besteht aus dem Vormundschaftsrichter und aus mindestens zwei, höchstens sechs Mitgliedern, die von den Eltern oder von dem Gerichte berufen werden. §§ 1860—1862.

Die Leitung der Geschäfte liegt in der Hand des Vorsitzenden, der auch den Familienrat einzuberufen hat. — § 1872 Abs. 1.

---

[1]) Dernburg Seite 83. — Windscheid Seite 597. — Bürgerliches Gesetzbuch §§ 18, 37ff. 1837.

[2]) Dernberg III, Seite 84.

[3]) Wir haben es also hier nur mit einer sog. „Sollvorschrift" zu thun, d. h. die Einsetzung des Familienrates ist nur fakultativ, das Vormundschaftsgericht braucht in allen Fällen den Familienrat nur einzusetzen, wenn es, den obwaltenden Umständen nach die Übertragung der Obervormundschaft auf einen Familienrat im Interesse des Mündels für angemessen erachtet." — Motive IV Seite 1206.

Die Einberufung mufs erfolgen:

1. wenn zwei Mitglieder, der Vormund oder der Gegenvormund es beantragen, oder

2. wenn das Interesse des Mündels es erfordert. — § 1873.

Bei der Ausübung des Amtes als Familienrat ist nun eine Stellvertretung im Willen ausgeschlossen gemäfs § 1872 Abs. 2:

„Die Mitglieder des Familienrats können ihr Amt nur persönlich ausüben." Diese Vorschrift weicht ab von der des code civil Art. 412:

„Les parents, alliés ou amis, ainsi convoqués, seront tenus de se rendre en personne, ou de se faire représenter par un mandataire spécial."

Demnach läfst das französische Recht die Ausübung des Amtes durch einen Bevollmächtigten zu, allerdings mufs er Spezialvollmacht haben.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat diese Vorschrift nicht aufgenommen wegen der überwiegenden Nachteile, welche die Zulässigkeit der Bevollmächtigung im Gefolge hat.[1])

Das Institut des Familienrats beruht doch auf dem Gedanken, dafs die organisierte Familie als solche an der vormundschaftlichen Verwaltung beteiligt sein soll.[2]) Man hat ja lange geschwankt, ob man das Institut des Familienrats überhaupt in das Bürgerliche Gesetzbuch übernehmen solle. Noch in der zweiten Kommission wurde der Antrag gestellt, den Abschnitt über den Familienrat zu streichen.[3]) Es läfst sich auch nicht verkennen, dafs das Institut zwar ideal gedacht ist, aber dafs seiner Einführung doch auch viele Bedenken entgegenstehen.

Die Undurchführbarkeit des Gedankens eines Familienorganes, der Mangel an Familiensinn und an der Gewähr, dafs die Verwaltung auch sachgemäfs und den Interessen des Mündels gemäfs geführt werde, die kollegialische Verfassung, der Aufwand an Menschen, Zeit und Kosten[4]) — alles dies sind Einwände, die man gegen die Einführung des Instituts erheben kann. Es hiefse diese Nachteile vermehren und das Familienprinzip, das dem Institute immerhin zu Grunde liegt, noch mehr durchbrechen, wollte man die Stellvertretung im Willen zulassen. Die Verwandten des Mündels sollen sich eben zu dem Familienrate vereinigen, um ihre Meinung gegenseitig auszutauschen und darüber zu

---

[1]) Motive Seite 1221. [2]) Motive Seite 1018 ff.
[3]) Protokolle Seite 837 ff. [4]) Motive Seite 1018 ff.

verhandeln. Der Zweck des Familienrates würde jedoch vereitelt werden, wenn eine fremde Person auf Grund einer Vollmacht an dem Zustandekommen des Beschlusses mitwirken würde. Denn das ist ja grade der Zweck des ganzen Instituts, dafs bei grofsen landwirtschaftlichen und industriellen Betrieben, die zum Mündelvermögen gehören, der Vormundschaftsrichter in den ihm fehlenden technischen Kenntnissen durch die Sachkenntnis und Erfahrung der Verwandten des Mündels unterstützt werden soll.[1]) Es handelt sich also auch bei der Ausübung des Amtes als Familienrat um ein höchstpersönliches Recht, um ein Recht, bei dem es auf die Individualität des einzelnen Familienmitgliedes ankommt. Der Ausschlufs jeder Stellvertretung geht endlich auch aus der amtlichen Pflicht der Mitglieder persönlich zu erscheinen, hervor.[2]) Denn das Mitglied eines Familienrates ist Beamter.[3])

Uber denjenigen, der ohne genügende Entschuldigung nicht erscheint, kann eine Ordnungsstrafe bis zu 100 Mk. verhängt werden.

Mit Rücksicht auf die höchstpersönliche Natur könnte sogar eine ausdrückliche Hervorhebung der Unzulässigkeit der Stellvertretung überflüssig erscheinen. Um aber jeden Zweifel bei der Verschiedenheit des geltenden Rechtes zu vermeiden, hat das Bürgerliche Gesetzbuch die Unzulässigkeit besonders ausgesprochen.[4])

b) auf der Form bei folgenden formalisierten Rechtsakten:

I. Eheschliefsung.

Während bisher der Ausschlufs der Stellvertretung, wie wir gesehen haben, lediglich aus der Natur des Rechtsgeschäfts sich ergab, ist für ihren Ausschlufs bei den formalisierten Rechtsgeschäften aufser ihrer Natur noch ein anderer Zweck mafsgebend. Hier soll nämlich durch die Form „die Festigkeit des Willensentschlusses gerade der betreffenden Person gesichert werden".[5])

Aus diesem Grunde ist zunächst bei der Eheschliefsung die Stellvertretung ausgeschlossen.

Die Hauptvoraussetzung der Eheschliefsung ist der freie Ehekonsens der Nupturienten.[6]) Auf ihrem freien Entschlusse

---

[1]) Motive Seite 1021.
[2]) Endemann S. 933. — Matthiafs S. 330.
[3]) Lehmann S. 415.
[4]) Motive Seite 1221.
[5]) Matthiafs I S. 224 f.
[6]) Dernburg III S. 15.

muſs die Eingehung der Ehe beruhen. Von einer solchen Freiheit des Entschlusses kann aber nicht die Rede sein, wenn sich eine Mittelsperson zwischen die Willensäuſserungen der Nupturienten einschiebt. Der sittliche Charakter der Ehe erfordert es also, daſs bei ihrer Schlieſsung die Stellvertretung unter allen Umständen ausgeschlossen wird.

Diesem Gesichtspunkte entsprechend haben sich die Gesetzgeber denn auch stets gegen die Zulässigkeit der Stellvertretung bei der Eheschlieſsung erklärt. Das kanonische Recht macht hiervon keine Ausnahme, wenn es auch die Bestimmung enthält, daſs die Ehe durch einen „procurator“ geschlossen werden kann.[1]) Denn letzterer ist hier nicht Willensorgan, sondern nur Erklärungsorgan, nuntius: er vertritt den Nupturienten nur in der Äuſserung des Willens.[2]) Es handelt sich hier also nur um die Stellvertretung in der Erklärung, deren Zulassung ja dem sittlichen Charakter der Ehe keinen Eintrag thut; die Stellvertretung im Willen, auf welche die Ausdrucksweise schlieſsen läſst, ist hier nicht zugelassen.

Nicht anders verhält es sich mit der auch nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs für die Mitglieder der landesherrlichen Familien noch möglichen Eheschlieſsung durch „Bevollmächtigte.“[3]) Diese übermitteln gleichfalls nur den Willen ihres Auftraggebers, soweit es observanzmäſsig überhaupt zugelassen ist.

Daſs für eine Mittelsperson bei der Abgabe des Ehekonsenses im Bürgerlichen Gesetzbuch kein Raum ist, geht aus § 1317 Abs. 1 hervor: „Die Ehe wird dadurch geschlossen, daſs die Verlobten vor einem Standesbeamten persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit erklären, die Ehe mit einander eingehen zu wollen.“ Damit ist jede Stellvertretung, auch die sog. Stellvertretung in der Erklärung, abgesehen von der erwähnten Ausnahme, beim Abschlusse der Ehe ausgeschlossen. Es soll dadurch die Ernstlichkeit und Freiheit des Willens möglichst gewährleistet, jede Übereilung vermieden und eine Personenverwechselung ausgeschlossen werden.[4 u. 5])

---

[1]) c. 9 de proc. in VI. I. 19.

[2]) Scheurl, Eherecht. S. 78.

[3]) Personenstandsgesetz § 72 Abs. 2. — Einf.Ges. z. B.G.B. Art. 32. 57.

[4]) Motive IV S. 87.

[5]) Daher wurde auch der in der zweiten Kommission gestellte Antrag, die Stellvertretung in der Erklärung zuzulassen, wenn sich der Bräutigam in einem auſsereuropäischen Lande befinde, abgelehnt. — Protok. IV S. 51 ff.

Die persönliche und gleichzeitige Anwesenheit der Verlobten gehört zu den wenigen wesentlichen Formvorschriften, die das Bürgerliche Gesetzbuch für die Eheschliefsung aufstellt. Eine Verletzung derselben hat die Nichtigkeit der Ehe zur Folge.[1])

2. Errichtung und Widerruf des Testaments.

„Das Gebiet der Stellvertretung ist das Vermögen, soweit es Gegenstand des lebendigen Rechtsverkehrs unter den Zeitgenossen ist".[2])

Es handelt sich hier zwar um vermögensrechtliche Geschäfte, aber um solche, durch die jemand auf den Fall seines Todes Anordnungen über seine Angelegenheiten trifft, um negotia mortis causa. Das Erbrecht hat also nicht den „lebendigen Rechtsverkehr unter den Zeitgenossen zum Gegenstande, sondern den Uebergang des Vermögens von einem Geschlechte auf das andere."[2])

Wie das übrige Vermögensrecht die vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen gleichzeitig lebenden Menschen darstellt, so vermittelt das Erbrecht den vermögensrechtlichen Zusammenhang zwischen aufeinander folgenden Generationen.

Zur Vermittelung dieses Zusammenhanges diente den Römern das Testament, d. h. jede letztwillige Verfügung, durch die sich der Erblasser einen Erben ernennt, und das Gesetz, d. h. „die Rechtsnorm, welche in Ermangelung eines Testaments einen Erben beruft."[3]) Bei der Errichtung des Testaments ist die Stellvertretung im Willen ausgeschlossen.

Wie bei allen familienrechtlichen Geschäften, so ergiebt sich auch bei der Testamentserrichtung die Unmöglichkeit der Stellvertretung schon aus der Natur des Rechtsgeschäfts. Auch hier sind es zunächst wieder sittliche Erwägungen, welche gegen die Zulässigkeit der Stellvertretung sprechen. Durch das Testament bestimmt der Mensch das Schicksal seines Nachlasses ganz nach seinem freien Willen. Der Wert der Persönlichkeit erhöht sich infolgedessen ungemein,

---

[1]) § 1324 Abs. 1: Eine Ehe ist nichtig, wenn bei der Eheschliefsung die im § 1317 vorgeschriebene Form nicht beobachtet worden ist.

[2]) Savigny, System Seite 91.

[3]) Dernburg III Seite 102.

weshalb auch das Testament von den Römern sehr hoch geschätzt wurde.[1])

In meisterhafter Weise schildert ihr gröfster Philosoph die grofse sittliche Bedeutung der Testamentserrichtung.[2]) Solange wir uns von menschlichen Leidenschaften und Begierden leiten lassen, sagt Seneka, sind wir ungerecht und parteiisch, wenn aber der Ernst des Todes an uns herantritt, so macht er uns zu unbestechlichen Richtern. Jetzt erst können wir, nicht beeinträchtigt durch die menschlichen Fehler, den Würdigsten aussuchen, dem wir unser Vermögen hinterlassen.

Es versteht sich von selbst, dafs ein so ernster und wichtiger Entschlufs nur von uns selbst ausgehen kann, dafs bei der Testamentserrichtung alles auf unsern eigenen Willen ankommt.[3])

Dem sittlichen Charakter der Testamentserrichtung entsprechend bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch, um jeden Zweifel zu beseitigen,[4]) in § 2064 ausdrücklich:

„Der Erblasser kann ein Testament nur persönlich errichten.“

Damit ist die Stellvertretung bei der Testamentserrichtung kraft positiver Gesetzesvorschrift ausgeschlossen.

Während ferner der Gesetzgeber bei den übrigen Willenserklärungen, die nur eine Stellvertretung im Willen ausschliefsen, bestimmt, sie könnten nicht durch einen „Vertreter“ erfolgen, schreibt er hier vor, der Erblasser könne das Testament nur persönlich errichten. Dadurch soll, wie die Motive ausdrücklich betonen, klargestellt werden, dafs hier für die Verwendung irgend einer Mittelsperson, möge sie Stellvertreter im Willen oder in der Erklärung sein, kein Raum ist.[5])

---

[1]) „neque enim aliud videtur solacium mortis, quam voluntas ultra mortem.“ (Quinctiliani declamatio 308, Dernburg III S. 98 Note 4.)

[2]) tamdiu officiorum mali judices, quamdiu illa depravat spes ac metus, ac inertissimum vitium voluptas; ubi mors interclusit, omnia et ad ferendam sententiam incorruptum judicem misit, quaerimus dignissimos, quibus nostra tradamus.“

Seneka, de beneficiis IV c. 11.)

(Köppen, Lehrbuch des Erbrechts. S. 433 Note 3.)

[3] Das entspricht auch dem Begriffe des Testaments als „voluntatis nostrae justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.“ (l. 1 D. 28, 1.) Die Testamentserrichtung durch einen Bevollmächtigten würde daher nicht nostrae, sed alienae voluntatis sententia sein.

[4]) Motive Seite 247.

[5]) Motive V Seite 247 ff.

Die „persönliche“ Errichtung war um so nötiger, als ja das ordentliche Privattestament des Gesetzes das aus dem französisch-rheinischen Rechte übernommene und erst auf Beschlufs des Reichstags eingeschobene holographische Testament ist.[1])

Zu den vielen Bedenken, die gegen diese Form im Interesse der Rechtssicherheit noch in der zweiten Kommission vorgebracht wurden[2]) und zu ihrer Ablehnung führten, gehörte auch der Zweifel an der Selbständigkeit des Willens. Es kann sehr leicht vorkommen, dafs bei dieser Form eine andere Person das Testament an Stelle des Erblassers, mit oder ohne dessen Vollmacht, errichtet. Diese Gefahr kann die ausdrückliche Bestimmung des § 2064, wenn auch nicht ganz beseitigen, so doch wenisstens mindern.

Ferner kann dieses holographische Testament nur errichtet werden, durch eine vom Erblasser unter Angabe des Ortes und Tages eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung — § 2231 No. 2. —

Diese Formvorschrift ist zwingenden Rechtes, sie mufs auf das strengste beobachtet werden. Wird auch nur ein einziges Wort von einem anderen geschrieben, so ist das ganze Testament nichtig.[3])

Dafs bei der Errichtung eines öffentlichen Testaments jegliche Stellvertretung ausgeschlossen ist, geht auch aus der dabei zu beobachtenden Form hervor. § 2238 besagt nämlich: „Die Errichtung des Testaments erfolgt in der Weise, dafs der Erblasser dem Richter oder dem Notar seinen letzten Willen mündlich erklärt oder eine Schrift mit der mündlichen Erklärung übergiebt, dafs die Schrift seinen letzten Willen enthalte.“

Wie im gemeinen Rechte, wenigstens nach der richtigen Meinung, wird mithin auch im Bürgerlichen Gesetzbuch die Zulässigkeit der Stellvertretung bei der Übergabehandlung verneint.

Aus § 2069 folgt weiter, dafs der Wille des Erblassers nicht durch den Willen seines gesetzlichen Vertreters ersetzt oder ergänzt werden kann.

Daraus ergeben sich folgende Konsequenzen:

a) Geschäftsunfähige — § 104 — und solche Personen, die sich im Zustande der Bewufstlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistesthätigkeit befinden, — § 105 Abs. 2 — können kein Testament errichten.

---

[1]) Strohal, Erbrecht Seite 18 ff. Endemann, Einf. III Seite 117 ff.
[2]) Protokolle V Seite 328. [3]) Endemann, Einf. III S. 118.

b) Geschäftsbeschränkte Personen bedürfen zur Errichtung eines Testaments nicht der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters. — § 2229 Abs. 1.

c) Minderjährige unter 16 Jahren und Entmündigte können kein Testament errichten; letztere schon von der Stellung des Antrages auf Entmündigung an. § 2229 Abs. 2/3.

Ebensowenig wie die Errichtung, kann natürlich auch der Widerruf des Testaments durch einen Vertreter erfolgen. Dasselbe gilt auch für die Zurücknahme eines Testaments aus dem amtlichen Gewahrsam. „Die Rückgabe darf nur an den Erblasser persönlich erfolgen." § 2256.[1])

3. Erbvertrag.

Während das römische Recht nur zwei Berufungsgründe kannte, nämlich Testament und Gesetz, ist im gemeinen Rechte noch ein Dritter, der Erbvertrag, hinzugekommen.

Bei den Römern galt es als unsittlich, vor seinem Tode den letzten Willen zu binden, ein Erbvertrag war daher nichtig.[2])

Beseler, der Hauptschriftsteller über die Lehre, nennt den Erbvertrag ein „Produkt der romanisierenden Wissenschaft des 17. Jahrhunderts." Die Romanisten verschmolzen ein römischrechtliches Institut, die mortis causa donatio, mit einem deutschrechtlichen, den Vergabungen von Todeswegen.

Man unterscheidet nun zwei Arten der Erbverträge, den Erbeinsetzungsvertrag und den Erbverzicht.

Der Erbeinsetzungsvertrag gewährt ein unwiderrufliches Recht auf die Erbschaft eines der Kontrahenten. Die Konstruktion des Erbvertrages stößt deshalb auf Schwierigkeiten, weil er aus zwei Elementen zusammengesetzt ist: auf der einen Seite ist er ein Testament, auf der andern ein Vertrag.

Während aber Hartmann[3]) den Erbvertrag in zwei Geschäfte zerlegt, den Erbeinsetzungsvertrag, den er in das Testamentsrecht, und den Verzicht auf den Widerruf des-

---

[1]) Ein in der zweiten Kommission gestellter Antrag, der bei der Zurücknahme eines hinterlegten eigenhändigen Testaments die Zulassung eines „Stellvertreters" mit öffentlicher Beglaubigung forderte, wurde mit Rücksicht auf die Notwendigkeit eines unmittelbaren Verkehrs des Testators mit dem Gerichte abgelehnt. (Protokolle V S. 354 ff.) Natürlich handelte es sich auch hier wieder nur um die Zulassung eines sog. Stellvertreters in der Erklärung.

[2]) Dernburg III Seite 259. — Windscheid III S. 6 Note 2. — l. 4 C. 8, 38.

[3]) Hartmann zur Lehre von den Erbverträgen § 1.

selben, den er in das Vertragsrecht verweist, hat die heutige Theorie des gemeinen Rechts diese unnatürliche Spaltung mit Recht aufgegeben.[1])

Der Vertragsnatur des Erbvertrages entspricht es, dafs er, wenigstens nach der herrschenden Lehre, an keine Form gebunden ist,[2]) Allerdings bezeichnet sie es als „monströs", dafs die widerruflichen Testamente an strenge Formen gebunden sind, während die unwiderruflichen Erbverträge keiner Form bedürfen.[3])

Daher würde jede Garantie für die Ernstlichkeit und die Autenticität des Willens fehlen, wenn man auch die Stellvertretung bei dem Abschlusse des Erbvertrages auf der Seite des Erblassers zuliefse. Demgemäfs schliefst das gemeine Recht die Stellvertretung im Willen hier aus, eine Konzession, die es der Testamentsnatur des Erbvertrages notgedrungen machen mufste.[4])

Der Erblasser mufs wenigstens in Person den Vertrag abschliefsen, er kann ihn nicht etwa, wie alle anderen Verträge, durch einen Bevollmächtigten schliefsen lassen. Das haben auch die Schriftsteller anerkannt, welche den Erbvertrag nur dem Vertragsrechte unterwerfen.[5]) Eine andere Frage ist es, ob auch auf Seiten des andern Kontrahenten die Stellvertretung auszuschliefsen ist. Diese Frage ist zu verneinen. da sonst, wie Hartmann mit Recht hervorhebt, eine vertragsmäfsige Erbeinsetzung von Geisteskranken, Kindern und juristischen Personen unmöglich wäre. Andere schliefsen die Stellvertretung des Acceptanten dann aus, wenn durch den Erbvertrag seine Stellung im Verhältnis zu dem ihm gesetzlich zustehenden Reehte verschlechtert wird.[6])

Aus denselben Gründen wie der affirmative Erbvertrag, kann auch der negative, der Erbverzichlt, durch den jemand auf ein ihm zustehendes Erbrecht verzichtet, auf Seiten des Erblassers nicht durch Vertreter abgeschlossen werden.

Das Bürgerliche Gesetz-Buch hat, der deutschrechtlichen Entwickelung folgend, den Erbvertrag übernommen, versteht

---

[1]) Dernburg S. 261. — Windscheid S. 6 Note 3. — Köppen, System S. 62 Note 1.

[2]) Dernburg III, S. 261. — Windscheid III S. 29 Note 4.

[3]) Deshalb fordern auch einige Juristen Testamentsform für den Erbvertrag, z. B. Hartmann a. a. O. S. 47. — Stobbe S. 286.

[4]) Beseler, Erbverträge II 1 S. 71. — Hartmann, z. L. v. d. Erbverträgen S. 36 ff. — Stobbe V S. 284. — Dernburg III S. 261 a. Ende.

[5]) Z. B. Dernburg III S. 261.

[6]) Z. B. Stobbe V. S. 284.

darunter aber nur seine Hauptanwendung, den Erbeinsetzungsvertrag, und regelt den Erbverzicht besonders.[1])

Nach dem Bürgerlichen Gesetz-Buch ist der Erbvertrag im Gegensatze zum gemeinen Rechte, an eine Form — Errichtung vor Richter oder Notar bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile — geknüpft. — § 2276. — Aufserdem aber betont der Gesetzgeber, wie bei der Testamentserrichtung, ausdrücklich: „Der Erblasser kann einen Erbvertrag nur persönlich schliefsen.“ — § 2274. — Diese Vorschrift entspricht wörtlich der des § 2064 und stimmt mit dem gemeinen Rechte überein. Beim gegenseitigen Erbvertrage gilt das für beide Kontrahenten. Dagegen ergiebt sich e contrario, dafs beim einseitigen Erbvertrage der Acceptant sich durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen kann.[2])

Was die gesetzliche Stellvertretung anlangt, so bestimmt § 2275 Abs. 1: „Einen Erbvertrag kann als Erblasser nur schliefsen wer unbeschränkt geschäftsfähig ist.“ Daraus folgt, dafs der gesetzliche Vertreter auch hier, und zwar durchweg, den Willen des Erblassers weder ersetzen, noch ergänzen kann. Ist letzterer nicht voll geschäftsfähig, so ist der Erbvertrag auch dann nicht gültig, wenn der gesetzliche Vertreter zustimmt.[3]) Hier ist also das Gesetz wegen der Unwiderruflichkeit des Erbvertrages noch strenger, als bei der Testamentserrichtung.[4])

Von dieser strengen Regel macht der Gesetzgeber nur für den Fall eine Ausnahme, dafs es sich um einen Erbvertrag unter Ehegatten oder Verlobten handelt.[5]) Hier kann ein Erbvertrag auch geschlossen werden, wenn der Erblasser in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist.

Es ergiebt sich mithin folgender Widerspruch zwischen § 2275 Abs. 2 und 2229 Abs. 3, den man mit obigem „monströsen“ Widerspruch im gemeinen Rechte vergleichen kann:

Der Ehegatte oder Verlobte, der wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt ist, kann ein widerrufliches Testament nicht errichten, wohl aber einen unwiderruflichen Erbvertrag.[6]) Dieser Gegensatz

---

[1]) Motive S. 310 ff. — Endemann, Einf. S. 244. — B.G.B. 5. Buch 4. Abschnitt. — B.G.B. 5. Buch 7. Abschnitt.

[2]) Motive V S. 314. — Protokolle V S. 378. — Strohal S. 60. — Endemann Einf. S. 254. — Hellwig S. 600 ff.

[3]) Strohal S. 60.

[4]) B.G.B. § 2229. Abs. 1 und 2. — Matthiafs II S. 361.

[5]) § 2275 Abs. 2 und 3.

[6]) § 2229 Abs. 3. — § 2275 Abs. 2.

erklärt sich daraus, dafs der Bundesrat erst die Vorschrift des § 2275 Abs. 2 eingefügt und es dann verabsäumt hat, die Bestimmung des § 2229 Abs. 3 analog umzugestalten.[1]) Immerhin wird die Vorschrift des § 2275 Abs. 2 Satz 1 sofort durch Satz 2 insofern eingeschränkt, als der geschäftsbeschränkte Erblasser in diesem Falle der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedarf, und, wenn dieser ein Vormund ist, auch der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Hier könnte man zu folgendem, von Strohal[2]) angeführten Ergebnisse kommen: Eine zwanzigjährige Ehefrau schliefst mit ihrem Gatten selbständig einen Erbvertrag und läfst sich nach erreichter Volljährigkeit zu einer mündlichen Genehmigung desselben bewegen. Damit wäre der Erbvertrag nach §§ 108 und 1829 vollgültig.[3])

Soll nun die Frau durch den Erbvertrag lebenslänglich gebunden sein? Eine Bejahung dieser Frage wäre sehr unbillig und man entgeht ihr, wie Endemann[4]) vorschlägt, wenn man den Vertrag nach §§ 111 und 1831[5]) als nichtig ansieht und eine Bestätigung ausschliefst mit Rücksicht auf die Natur des Erbvertrages als einer Verfügung von Todeswegen, die der Natur des Testaments gleich zu stellen ist.[6])

Der Erbvertrag kann, wie jede letztwillige Verfügung wegen Irrtums, Drohung, Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten angefochten werden.[7]) Diese Anfechtung kann nicht durch einen gesetzlichen Vertreter erfolgen, da es auf die persönliche Willensentscheidung des Verfügenden ankommt.[8]) Der geschäftsbeschränkte Erblasser gilt als voll geschäftsfähig, für den geschäftsunfähigen Erblasser kann sein

---

[1]) Endemann, Einf. S. 253.

[2]) Strohal Seite 60 f.

[3]) § 108 Abs. 3: „Ist der Minderjährige unbeschränkt geschäftsfähig geworden, so tritt seine Genehmigung an die Stelle der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters."

§ 1829 Abs. 3: „Ist der Mündel volljährig geworden, so tritt seine Genehmigung an die Stelle der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts."

[4]) Endemann, Einf. S. 253 Note 9.

[5]) § 111 Satz 1: „Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das der Minderjährige ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vornimmt, ist nichtig."

§ 1831 Satz 1: „Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das der Vormund ohne die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vornimmt, ist unwirksam.

[6]) Endemann S. 245 ff. — Strohal S. 63. — Hellwig S. 597 ff.

[7]) §§ 2078, 2079, 2282.

[8]) Motive Seite 324.

gesetzlicher Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts den Erbvertrag anfechten. Diese Vorschriften entsprechen so sehr den analogen des Familienrechts, dafs darauf verwiesen werden kann.[1])

Dasselbe gilt für die Bestätigung eines anfechtbaren Erbvertrages. — § 2284,

Der Erbvertrag kann durch Vertrag von den Personen wieder aufgehoben werden, die ihn geschlossen haben. — § 2290 Abs. 1.

Der Erblasser kann den Aufhebungsvertrag nur persönlich schliefsen, — § 2290 Abs. 2 — woraus wieder zu folgern ist, dafs der Acceptant sich beim Abschlusse vertreten lassen kann.[2]) Sein Wille kommt eben hier gar nicht in Betracht.[3]) Ist der Erblasser in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters zur Aufhebung nicht erforderlich. Er kann und mufs ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters handeln.[4]) Ist der Acceptant nicht voll geschäftsfähig, so bedarf er der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts in der Regel, weil er hier ein Recht aufgiebt;[5]) die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters genügt nur dann, wenn der Acceptant unter elterlicher Gewalt steht und der Vertrag unter Ehegatten oder Verlobten geschlossen wird.

Aus diesen Bestimmungen folgt auch, dafs der Erbvertrag überhaupt nicht wieder aufgehoben werden kann, wenn der Erblasser geschäftsunfähig ist; selbst wenn der eingesetzte Erbe völlig dazu bereit ist, so ist doch die Aufhebung unmöglich, da die Stellvertretung ausgeschlossen ist. Über die Zweckmäfsigkeit dieser Konsequenz, die aus § 2290 zu ziehen ist, herrscht schon jetzt grofser Streit. Während Strohal[6]) diese, allerdings notwendige Konsequenz, für unangemessen hält, wird sie von Endemann und Hellwig[7]) gebilligt, und zwar mit Recht. Denn hier soll, wie ersterer hervorhebt, die Beerbung anders gestaltet werden und dabei kommt es nur auf den Willen des Erblassers an. Wie der Widerruf des Testamentes nur durch den Erblasser selbst erfolgen kann, so auch die Aufhebung des Erbvertrages, die nichts anderes, als ein „zustimmungsbedürftiger Widerruf“ ist,[8]) wenn man

---

[1]) Z. B. §§ 1336, 1595.
[2]) Strohal Seite 67. — Matthiafs II S. 364.
[3]) Hellwig Seite 631 Note 303.
[4]) Hellwig Seite 635.
[5]) § 2290 Absatz 3.
[6]) Strohal Seite 67.
[7]) Endemann Seite 259. — Hellwig Seite 635.
[8]) Hellwig S. 628.

den Erbvertrag auch nicht, wie Hellwig, als qualifiziertes Testament ansehen kann.[1]) Fehlt aber dem Erblasser selbst der Wille, so ist es eben eine notwendige Konsequenz der Natur letztwilliger Verfügungen überhaupt, dafs die Aufhebung in diesem Falle umöglich ist.

Endlich kann der Erblasser vom Erbvertrage einseitig zurücktreten, und zwar unter folgenden Voraussetzungen:

1. Wenn er sich den Rücktritt im Vertrage vorbehalten hat. — § 2293.
2. Wenn sich der Bedachte einer Verfehlung schuldig macht, die den Erblasser zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt. — § 2294.
3. Wenn die vereinbarte Gegenleistung wegfällt. — § 2295.

Der Rücktritt kann nur durch persönliche Erklärung gegenüber dem Gegenkontrahenten, nicht durch einen Vertreter erfolgen. — § 2296. — Ein geschäftsbeschränkter Erblasser bedarf nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, gilt also auch hier als voll geschäftsfähig. Wird der Erblasser geschäftsunfähig, so ist die Möglichkeit des Rücktrittsrechts ausgeschlossen.[2])

Wie den affirmativen Erbvertrag, so kann der Erblasser auch den negativen Erbvertrag nur persönlich schliefsen und bedarf, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.[3]) Im Gegensatze zur Aufhebung des Erbvertrages kann der gesetzliche Vertreter den Erbverzichtsvertrag für den geschäftsunfähigen Erblasser schliefsen, und zwar in der Regel nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Hierauf beruft sich Strohal[4]) in seiner Polemik gegen den Ausschlufs der Stellvertretung bei der Aufhebung des Erbvertrages. Mit Recht hebt Hellwig dagegen hervor,[5]) dafs es sich beim Erbverzichte nicht um eine eigene letztwillige Verfügung des Erblassers handelt, da die Beerbung selbst durch ihn nicht neu geordnet wird.[6]) Die Aufhebung des Erbvertrages ist dagegen eine eigene letztwillige Verfügung, mithin mufs bei ihr mit Rücksicht auf die Natur einer letztwilligen Verfügung die Stellvertretung auch bei einem geschäftsunfähigen Erblasser ausgeschlossen sein.

---

[1]) Hellwig S. 697 ff.
[2]) Motive Seite 344.
[3]) § 2347 Abs. 2.
[4]) Strohal S. 67.
[5]) Hellwig S. 635.
[6]) Endemann S. 274.

Dieselben Vorschriften, wie für die Schliefsung des Erbverzichtvertrages gelten auch für seine Aufhebung und für den Verzicht auf die Zuwendung aus einer Verfügung von Todeswegen.[1])

c) auf gesetzlicher Regelung beim Besitzerwerbe.

Wie oben erwähnt,[2]) gehörte der Besitzerwerb zu den wenigen Ausnahmefällen, in denen das römische Recht eine Stellvertretung zuliefs. Der Grund liegt darin, dafs nach römischem Rechte der Besitzwille eine unerläfsliche Voraussetzung für den Besitzerwerb bildete.[3])

An ihm hielt auch das gemeine Recht, namentlich auf Grund der Autorität Savignys stets fest.[4]) Der animus domini oder nach Neueren der animus rem sibi habendi schafft den juristischen Besitz; bei Ermangelung desselben liegt blofse Detention, Innehabung, vor.

Im Gegensatze dazu kennt das deutsche Recht in der Gewere ein Institut, welches nach Albrecht jedes Verhältnis einer Person zu einer Sache umfafst.[5]) Von dem Willen, die Sache für sich zu beherrschen, wird gänzlich abgesehen. Somit mufste das deutsche Recht die Stellvertretung beim Besitzerwerbe ausschliefsen.

An das deutsche Recht knüpft die moderne Besitzrechtswissenschaft an, wie sie namentlich von Ihering begründet worden ist.[6]) Im Gegensatze zur Willenstheorie Savignys stellt Ihering den Satz auf, dafs der Wille kein wesentliches Erfordernis für den Besitzerwerb sei. Besitzer und Detentor unterschieden sich nicht durch die Art des Willens, sondern beide hätten denselben Willen. Wenn animus und corpus zusammenträfen, so läge juristischer Besitz vor. Die Detention bilde zwar einen Gegensatz zu ihm, derselbe beruhe jedoch auf der objektiven Rechtsnorm, nicht auf der Verschiedenheit des Willens. Er gelangt zu dem Resultate, dafs de lege fenenda jeder Nutzinhaber als Besitzer bezeichnet werden müsse.[7]) Daneben läfst er nur drei Kategorien von Detentionsverhältnissen bestehen: das häusliche, das prokuratorische und das momentane. Von

---

[1]) B.G.B. §§ 2351, 2352.
[2]) Vgl. Seite 2.
[3]) l. 8 § 1 D. 41, 2.
[4]) Savigny, Recht des Besitzes 1803.
[5]) Albrecht, die Gewere als Grundlage des deutschen Sachenrechts. 1828.
[6]) Ihering Besitzwille 1889.
[7]) Ihering, Seite 510 ff.

diesen streicht Baron das mittlere,[1]) während Strohal noch weiter geht und nur noch dem unselbständigen Inhaber den Besitz abspricht.[2]) Während der erste Entwurf noch vollständig unter dem Banne der Savignyschen Willenstheorie stand,[3]) hat sich die zweite Kommission der Iheringschen sog. Objektivitätstheorie angeschlossen, indem sie den Besitzschutz an das äufsere Herrschaftsverhältnis der Person zur Sache knüpfte.[4]) Die Herstellung dieses Verhältnisses genügt für den Erwerb des Besitzes. Wenn demgemäfs der Besitz nach dem Gesetze durch die „Erlangung der thatsächlichen Gewalt" erworben wird, so ist damit jedoch keineswegs gesagt, dafs der Wille für den Besitzerwerb ganz unerheblich sei. Vielmehr ist der Besitzerwerb in vielen Fällen überhaupt unmöglich ohne den darauf gerichteten Willen des Erwerbers.[5]) Von der gesetzlichen Aufstellung dieses Erfordernisses ist nur deshalb Abstand genommen worden, weil sie in zahlreichen Fällen entbehrlich, in manchen sogar bedenklich ist.[6]) Demnach ist der Besitzwille „kein selbständiges, der thatsächlichen Gewalt koordiniertes Erfordernis des Besitzerwerbes, sondern nur eine unter Umständen erforderliche Voraussetzung der thatsächlichen Gewalt."[7])

Aus dieser Regelung des Gesetzes ergiebt sich der Ausschlufs der Stellvertretung im Besitzerwerbe als notwendige Konsequenz.

Um Besitzer zu werden, mufs man selbst die thatsächliche Gewalt erlangen, erlangt sie mein Vertreter, so ist er Besitzer, nicht ich, m. a. W., jegliche Vertretung beim Besitzerwerbe ist nach Bürgerlichem Gesetzbuch ausgeschlossen.[8]) Anders ist es, wenn der Erwerber bereits in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben, also im Falle der sog. brevi manu traditio. Dann genügt nämlich die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers zum Besitzerwerbe (§ 854 Abs. 2). Diese Einigung ist ein Rechtsgeschäft, läfst also nach der allgemeinen Vorschrift des § 164 eine Vertretung zu.[9])

Nun könnte man aber den Beauftragten, der die Sache

---

[1]) Jahrbuch für Dogm. Bd. 29 S. 239.
[2]) Jahrbuch für Dogm. Bd. 29 S. 359.
[3]) E. I § 797.
[4]) Protoc. III, S. 3333.
[5]) Strohal, Sachbesitz S. 67 ff. — Biermann S. 4.
[6]) Protoc. S. 179.
[7]) Biermann a. a. O.
[8]) Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb S. 59.
[9]) Leonhard S. 58. — Biermann S. 6.

überbringen soll, als einen Besitzmittler im Sinne des § 868 demgemäfs als Stellvertreter betrachten, wie es manche Schriftsteller thun.[1]) Besitzmittler ist er allerdings, denn er steht in einem dem Verwahrer „ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er auf Zeit zum Besitze berechtigt ist," mit den im § 868 aufgezählten Verhältnissen (Nutzbrauch. Pfandrecht, Pacht, Miete und Verwahrung.)

Liegt diese Ähnlichkeit aber auch vor, wenn der Beauftragte die Sache erst von einem Dritten empfangen hat? Diese Frage ist zu bejahen, allerdings nicht aus dem Grunde, weil in allen diesen Verhältnissen der Besitzer seine Sache einem andern anvertraut hat.[2]) Dann könnte man daraus, wie Endemann es thut, den Schlufs ziehen, dafs der mittelbare Besitz nur als derivativer, nicht aber als originärer entstehen könne.[3]) Dafs dies irrig ist, beweisen die von Leonhard a. a. O. angeführten Beispiele.[4]) Das gemeinsame Merkmal für alle im § 868 aufgezählten Verhältnisse liegt vielmehr darin, dafs der Mittler überall die Sache aus dem Vermögen des mittelbaren Besitzers erworben hat.[5])

Ein solches Vermögensopfer seitens des A liegt allerdings vor, wenn er den B beauftragt, sich eine Sache für ihn übergeben zu lassen. Von einer Stellvertretung kann jedoch auch in diesem Falle nicht die Rede sein. Denn wenn die Voraussetzungen des § 868 vorliegen, so soll auch der andere (also der Eigentümer u. s. w.) Besitzer sein. Daraus folgt, dafs in erster Linie der Mittler Besitzer ist, also auch schon beim Erwerbe den unmittelbaren Besitz sofort für sich erwirbt und nur den mittelbaren für den Geschäftsherrn. Ersterer ist also selbst Besitzer, nicht Vertreter. Wie der gewillkürte, so erwirbt auch der gesetzliche Vertreter den Besitz nicht für den Vertretenen, sondern für sich.[6])

Nur in einem einzigen Falle ist Vertretung im Besitzerwerbe möglich, und zwar in dem von Bekker[7]) als „Besitzdienerschaft" bezeichneten Verhältnisse des § 855.[8]) Dasselbe

---

[1]) Strohal S. 21. — Biermann a. a. O. — Endemann S. 162.
[2]) Strohal, Sachbesitz, S. 20 ff.
[3]) Endemann, Einf. II, S. 127. — Cosak S. 67 ff.
[4]) Leonhard S. 61.
[5]) Strohal, Leonhard a. a. O.
[6]) Leonhard S. 62. — Endemann S. 163.
[7]) Bekker, Jahrb. f. Dogm. Bd. 34 S. 42.
[8]) „Übt jemand die thatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalte oder Erwerbsgeschäfte oder

ist, wie Endemann nachgewiesen hat,[1]) kein Rechtsverhältnis, sondern ein sociales Verhältnis. Besitzdiener ist nach Leonhard (a. a. O.), „wer nach der Befehlsordnung der Gesellschaft oder des öffentlichen Rechtes den betreffs der Sache gegebenen Weisungen eines Herrn Gehorsam zu leisten hat.“ In diesem Falle liegt wenigstens ein vertretungsähnliches Verhältnis vor. Von einer wirklichen Stellvertretung kann ja nicht die Rede sein, da diese nach § 164 nur bei Willenserklärungen eintreten kann.[2]) Der Besitzerwerb setzt jedoch nicht notwendig einen Willen voraus, wie oben dargelegt.

Insofern aber als der Besitzdiener die thatsächliche Gewalt für den Geschäftsherrn erwirbt, kann man hier von einem vertretungsähnlichen Verhältnisse sprechen.

Wenn der Diener jedoch „unter den Augen, unter der Aufsicht des Besitzherrn“ den Besitz ausübt,[3]) so hat nur der Herr die thatsächliche Gewalt inne, ein Besitzerwerb könnte sich nur in seiner Gegenwart, durch ihn selbst, vollziehen, nicht durch den Diener als procurator. Allerdings ist schon jetzt bestritten, ob man den Fall der sog. „momentanen Detention“ unter die Besitzdienerschaft rechnen kann.[4]) Die Frage ist indessen wohl zu bejahen.[5])

Mit Ausnahme des vertretungsähnlichen Verhältnisses des § 855 ist also die Vertretung beim Besitzerwerbe gesetzlich ausgeschlossen. Es fragt sich nun, ob die Parteien nicht durch eine Vereinbarung in einen Widerspruch zu der gesetzlichen Regelung treten können.

Die communis opinio der Schriftsteller, welche sich bisher mit dieser Frage beschäftigt haben, verneint dieselbe.[6]) Der erste Entwurf mufste natürlich, da er auf der Grundlage der Willenstheorie fufste, in § 801 die Regeln über die Stellvertretung beim Besitzerwerb für analog anwendbar erklären können. Die zweite Kommission strich diese Vorschrift, da ja schon nach ihren Beschlüssen der Besitzwille kein der thatsächlichen Gewalt koordiniertes Erfordernis für

---

in einem ähnlichen Verhältnisse aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer.

[1]) Endemann S. 133. — Leonhard S. 69, anders im Anschlufs an die römische Detention: Protoc. S. 3343.

[2]) Matthiafs II, S. 9.

[3]) Strohal, Sachbesitz S. 12.

[4]) Leonhard S. 65.

[5]) Strohal S. 11 ff. — Lehmann, das bürgerliche Recht, Bd. 2 S. 15. — Endemann, II S. 133 ff.

[6]) Vgl. besonders Leonhard, S. 66 ff. und die von ihm auf S. 66 Zeile 3 angeführten.

den Besitzerwerb war. Sie hob aber ausdrücklich hervor, dafs auch von dem Standpunkte des zweiten Entwurfs aus eine Vertretung noch in Frage kommen könne.[1]) Diese Möglichkeit führte sie auf die Fälle, in denen zur Erlangung der thatsächlichen Gewalt ein Besitzwille nötig sei.[2]) In diesen Fällen könne man durch einen Besitzdiener im Willen vertreten werden, und auf diese Vertretung im Willen müfsten die Vorschriften über die Vertretung bei Rechtsgeschäften Anwendung finden. Diese Hypothese ist von Leonhard widerlegt worden.[3]) Wie der Wille keine unbedingte Voraussetzung für den Besitzerwerb sei, so vermöge er auch in keinem Falle „dem Erwerbe die Richtung auf eine bestimmte Person zu geben." Er weist sodann die Ohnmacht des Willens bei der Besitzmittelung und der Besitzdienerschaft, jenen der Vertretung ähnlichen beiden Begriffen des Gesetzes in überzeugender Weise nach, indem er sie auf andere, und zwar objektive Merkmale zurückführt. Darauf ist noch kurz einzugehen.

Die thatsächliche Gewalt des mittelbaren Besitzers beruht auf einem Rechtsverhältnisse, vermöge dessen der Mittler dem Geschäftsherrn gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist. Diese Berechtigung und Verpflichtung zum Besitze stellt Leonhard als den Grundstock der Besitzmittelung hin. Der Wille sei schon deshalb für den Besitzerwerb unzureichend, weil er der Stetigkeit entbehre.[4]) Er ist aber auch nicht einmal dazu erforderlich. Wenn der Eigentümer den Besitz seines Grundstücks einem andern als Nutsbraucher oder Pächter überläfst, so wird derselbe dadurch ipso jure Besitzmittler, mag er dies wollen oder nicht. Sein Wille ist eben völlig unerheblich.

Ebensowenig Einflufs wie auf die Besitzmittelung hat die Privatwillkür auf die Besitzdienerschaft. Der Besitzdiener erwirbt, wie wir oben gesehen haben, die thatsächliche Gewalt für seinen Herrn innerhalb des socialen Abhängigkeitsverhältnisses.

Dieses Verhältnis ist für die beiderseitigen Beziehungen einzig und allein mafsgebend. Der Wille ist auch hier wieder bei beiden Teilen für die Begründung des Verhältnisses unerheblich.[5]) Natürlich kann der Diener auch für sich selbst Besitz erwerben. Über die Frage, welche Sachen er für

---

[1]) Protoc. S. 3344.
[2]) Vgl. die bei Strohal S. 67 ff. angeführten Fälle.
[3]) Leonhard, a. a. O. S. 70 ff. [4]) Vgl. Leonhard S. 71 ff.
[5]) Vgl. Biermann S. 6 ff. — Leonhard, S. 76 ff.

sich selbst und welche er für seinen Herrn erwirbt, entscheidet aber wiederum nicht der Wille des Herrn oder des Dieners. Es kommt vielmehr darauf an, ob der Diener die Herrschaft über die Sache innerhalb eines der im § 855 aufgeführten Abhängigkeitsverhältnisses erworben hat. Ist das der Fall, so wird er Besitzdiener, einerlei ob er will oder nicht.[1])

Wir haben also gesehen, dafs bei der Besitzmittelung wie bei der Besitzdienerschaft die Frage des Besitzerwerbes von dem inneren Willen der Parteien unabhängig ist.

Daraus folgt, dafs die Vertretung im Willen auch durch Privatwillkür nicht angeordnet werden kann. Die Grundsätze über die Stellvertretung bei Rechtsgeschäften können daher auf den Erwerb des Besitzes nicht analog angewandt werden, wie die zweite Kommission annahm.[2]) Dafs dafür auch gar kein Bedürfnis besteht, hat Leonhard in lichtvoller Weise nachgewiesen.[3])

Schlufs.

Verwandte Bestimmungen.

Der Ausschlufs der Stellvertretung ist bei allen Rechtsakten mit Ausnahme des Besitzerwerbes entweder durch ihre familienrechtliche Natur oder durch die Form, an welche sie geknüpft sind, bedingt.

Auf denselben Gesichtspunkten beruht auch die Mehrzahl der Bestimmungen, welche die Abgabe einer Willenserklärung unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung verbieten. Ein Anklang an diese Bestimmungen findet sich schon im römischen Rechte bei den sog. actus legitimi,[4]) die allerdings heute sämtlich antiquiert sind.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch ist bei einer Reihe von Geschäften, bei denen die Vertretung ausgeschlossen ist, auch dis Hinzufügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung unzulässig. (Eheschliefsung, Anerkennung der Ehelichkeit, Ehelichkeitserklärung, Annahme an Kindesstatt, Aufhebung derselben.)

---

[1]) Vgl. Biermann, Leonhard a. a. O.
[2]) Protokolle S. 3444.
[3]) Leonhard a. a. O. S. 79 ff.
[4]) Vgl. Dernburg I § 105 Note 12.

Verwandt mit den behandelten Bestimmungen sind auch die höchstpersönlichen Rechte, welche aktiv bezw. passiv unvererblich sind, also gleichfalls an eine bestimmte Person geknüpft sind. Während das Recht nämlich in der Regel das Leben der Person überdauert, enden mit dem Tode des Berechtigten gewisse höchstpersönliche Rechte z. B. das Vorkaufsrecht — § 514 —, sowie nach Analogie der früheren actiones vindictam spirantes die Ansprüche aus den §§ 847 und 1300, durch welche der Verletzte eine billige Entschädigung in Geld verlangt. Letztere sind dann vererblich, wenn sie durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden sind.

Aktiv und passiv unvererblich sind im allgemeinen die Unterhaltsansprüche.[1])

[1]) Vgl. §§ 1360, 1580, 1615.

Lebenslauf.

Verfasser dieser Arbeit, Alfred Bochalli, evangelischer Konfession, Sohn des Rechnungsrats Richard Bochalli zu Potsdam, wurde am 20. Juli 1877 zu Berlin geboren.

Seine wissenschaftliche Vorbildung erhielt er auf dem Kaiser Wilhelms-Gymnasium zu Hannover, dem Kaiserlichen Lyceum zu Strafsburg i. E. und dem Victoria-Gymnasium zu Potsdam, welches er Michaelis 1896 mit dem Zeugnis der Reife verliefs. Um sich dem juristischen Studium zu widmen, bezog Verfasser die Universität Berlin bis Ostern 1898, studierte das folgende Semester in Heidelberg und kehrte dann nach Berlin zurück. Die erste juristische Prüfung bestand er am 1. Dezember 1899 bei dem Königlichen Kammergericht in Berlin, am 5. desselben Monats wurde er zum Referendar ernannt.

Während seiner Studienzeit hörte Verfasser juristische und nationalökonomische Vorlesungen bei folgenden Herren:

In Berlin:

Aegidi, Brunner, Burchard, Crome, Dernburg, Eck, Gierke, Hinschius, Hübler, Kohler, Oertmann, Schmoller, Seckel, Wagner.

In Heidelberg:

His, Karlowa, Schroeder.

Allen diesen Herren, seinen hochverdienten Lehrern, spricht Verfasser seinen ehrerbietigsten Dank aus.